

# TESE DE DOUTORADO

O ESTADO INTERVENTOR NO BRASIL E  
SEUS REFLEXOS NO DIREITO PÚBLICO  
(1930-1964): THEMISTOCLES CAVALCANTI E  
SUA CONTRIBUIÇÃO DOUTRINÁRIA

MAURICIO MESURINI DA COSTA

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA.  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



Tese submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito,  
Departamento de Direito, Centro de Ciências Sociais e Econômicas, da  
Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito para obtenção  
do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Airton Lisle Cerqueira Leite Seelaender

Coorientador: Prof. Dr. Luiz Henrique U. Cademartori

Florianópolis, 2016

Mauricio Mesurini da Costa

O ESTADO INTERVENTOR NO BRASIL E SEUS  
REFLEXOS NO DIREITO PÚBLICO (1930-1964):  
THEMISTOCLES CAVALCANTI E SUA CONTRIBUIÇÃO  
DOCTRINÁRIA

Tese submetida ao Programa de Pós-  
Graduação em Direito da  
Universidade Federal de Santa  
Catarina para a obtenção do grau de  
Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Airton Lisle  
Cerqueira Leite Seelaender

Coorientador: Prof. Dr. Luiz  
Henrique U. Cademartori

Florianópolis  
2016

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,  
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Mesurini, Mauricio da Costa

O Estado interventor no Brasil e seus reflexos no  
direito público (1930-1964) : Themistocles Cavalcanti e  
sua contribuição doutrinária / Mauricio da Costa Mesurini ;  
orientador, Aírton Lisle Cerqueira Leite Seelender ;  
coorientador, Luiz Henrique Cademartori. - Florianópolis,  
SC, 2016.  
323 p.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa  
Catarina, Centro Sócio-Econômico. Programa de Pós-Graduação em  
Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Estado interventor. 3. Themistocles  
Cavalcanti. 4. Separação de poderes. 5. Delegações  
legislativas. I. Lisle Cerqueira Leite Seelender. Aírton  
. II. Cademartori, Luiz Henrique. III. Universidade  
Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em  
Direito. IV. Título.

Mauricio Mesurini da Costa

**O ESTADO INTERVENTOR NO BRASIL E SEUS  
REFLEXOS NO DIREITO PÚBLICO (1930-1964):  
THEMISTOCLES CAVALCANTI E SUA CONTRIBUIÇÃO  
DOCTRINÁRIA**

Esta tese foi julgada adequada para a obtenção do Título de  
Doutor em Direito, e aprovada em sua forma final pelo Programa de  
Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Florianópolis, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2016.

---

Prof. Dr. Arno Dal Ri Junior – Coordenador do Curso

**Banca examinadora:**

---

Prof. Dr. Luiz Henrique Cademartori – Coorientador  
(UFSC/PPGD)

---

Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer (UFSC/PPGD)

---

Prof. Dr. Edmundo Lima de Arruda Junior (UFSC/PPGD)

---

Prof. Dr. Tiago Bahia Losso (UFSC/CFH)

---

Prof. Dr. Ricardo Marcelo Fonseca (UFPR)

---

Prof. Dr. Luís Fernando Lopes Pereira (UFPR)

Para minha avó Duzolina Sofiglio  
Mesurini (*in memoriam*). Sua falta só  
não supera suas lindas lembranças.  
*Wish you were here.*

Para Anemarie, motivo de me fazer  
continuar.

## AGRADECIMENTOS

Inicialmente agradeço ao meu orientador Airton Lisle Cerqueira Leite Seelaender por me ter aberto as portas do fascinante mundo da História do Direito.

Agradeço a minha esposa Jeanine Moraes Vicari que me acompanha há mais de 16 anos e me apoiou incondicionalmente nestes difíceis anos do doutorado. Somente ela conheceu minhas aflições.

Aos meus pais Osmar da Costa e Edi Mesurini da Costa, que não mediram esforços para nos proporcionar uma vida digna e lições inesquecíveis de integridade, superação e respeito ao próximo. Todas as minhas conquistas devo a vocês!

Ao meu irmão Marcelo Mesurini da Costa, ainda meu grande exemplo de ser humano. Celo, aonde você vai eu também vou!

Ao meu amigo Alexandre de Faria, irmão “adotivo” que nunca me abandona.

Ao meu amigo de tantas “desventuras”, Adolfo de Souza Barbosa.

Ao meu sogro Aldir Vicari e sua esposa Sonia Kling, pela hospedagem no primeiro ano do doutorado.

Ao Bunker de floripa, Geraldo Franciosi, Franciely, Sabryna, Thomas, Bruno e Tio Ed.

À amiga Maria de Lourdes Bello Zimath, pessoa admirável com quem aprendo a cada palavra e gesto.

A Faculdade Cenecista de Joinville – FCJ na pessoa de seu diretor Felix José Negherbon, pelo apoio que me proporcionou no primeiro ano de doutorado. Ali foi “meu lar” e é um dos lugares em que mais me sinto feliz de estar.

Aos colegas da História do Direito, Alexander Rodrigues de Castro, José Augusto Medeiros, Fernando Nagib, Joanir Rigo, Patrícia Bortoloto, Gustavo Zateli e Bruno Hochheim.

Ao “senhor dos extremos”, Daniel Lena Marchiori Neto.

Ao mestre Antônio Manuel Hespanha, o contato com sua obra transformou completamente a minha visão sobre o direito.

Ao Instituto Brasileiro de História do Direito – IBHD.

Ao Programa de Pós- Graduação em Direito, na pessoa do Prof. Dr. Arno Dal Ri Junior.

À secretaria do Programa de Pós- Graduação em Direito, na pessoa de Fabiano Dauwe.

Mas é isso mesmo que nos faz senhores da terra, é esse poder de restaurar o passado, para tocar a instabilidade das nossas impressões e a vaidade dos nossos afetos. Deixa lá dizer Pascal que o homem é um caníço pensante. Não; é uma errata pensante, isso sim. Cada estação da vida é uma edição, que corrige a anterior, e que será corrigida também, até a edição definitiva, que o editor dá de graça aos vermes.

(Machado de Assis, em *Memórias póstumas de Brás Cubas*)



## RESUMO

O objetivo deste trabalho é analisar a formação do Estado Interventor no Brasil à luz da obra doutrinária do jurista Themistocles Brandão Cavalcanti. A partir da Revolução de 1930 a intervenção estatal no Brasil expandiu-se substancialmente, aumentando as relações entre política e economia. As transformações operadas nas diferentes esferas sociais exigiram do mundo jurídico novas racionalizações. Tendo em vista a proximidade com a política e a economia, vários foram os impactos no direito constitucional e administrativo, que passaram a ser revistos para além das suas raízes teóricas liberais. Assim sendo, é relevante investigar as transformações operadas nestes ramos do direito público a partir das diferentes fontes do direito, entre elas, a doutrina juspublicista. O que se pretende demonstrar é que com a tendência à intervenção, vista por muitos como “necessária”, a economia passou a integrar mais abertamente a política, potencializando-se a dominação técnica, o que se refletiu diretamente na dinâmica da separação dos poderes e da própria democracia. O Poder Executivo foi fortalecido, tanto em sua estrutura como nas suas competências e houve um deslocamento do poder normativo em direção ao Executivo. Estas transformações se operaram muitas vezes à margem dos textos constitucionais e com lastro na doutrina jurídica produzida na época. O estudo da obra do jurista Themistocles Cavalcanti nos permite testar esta hipótese.

**Palavras-chave:** Estado Interventor. Themistocles Cavalcanti. Separação de poderes. Delegações legislativas.

## ABSTRACT

The aim of this study consists of analysing the formation process of the intervening State in Brazil according to the doctrinal work of the jurist Themistocles Brandão Cavalcanti. Beginning on 1930 Revolution, the extent of State intervention in Brazil was advantaged, leading to an enlargement of the relationship between politics and economics. The transformations occurred in these different social spheres demanded new rationalizing from the legal perspective. Considering the proximity between politics and economics, constitutional and administrative law were impacted in multiple ways, being now reviewed beyond its liberal theoretical roots. Therefore, it is relevant to investigate the transformations occurred in these branches of public law through different sources of law, including the Public Law Doctrine. It is intended to demonstrate that with the tendency to intervention, seen by many as "necessary", the economy was integrated into politics maximizing technical domination, which directly reflected in the dynamics of separation of powers as well as democracy itself. The Executive Branch was strengthened both in its structure and in jurisdiction occurring a shift of normative power towards the Executive. These transformations have taken place mostly outside constitutional law, being based on the produced legal doctrine of the time. The purpose of this research is to study the work of the jurist Themistocles Cavalcanti in order to test this hypothesis.

**Key-words:** Intervening State. Themistocles Cavalcanti. Separation of powers. Delegation legislation.

## RESUMEN

El objetivo de este estudio es analizar a la formación del Estado interventor en Brasil a la luz de la obra doctrinal del jurista Themistocles Brandão Cavalcanti. Partiéndose de la revolución de 1930, el ámbito de intervención del estado en Brasil fue favorecido, aumentando las relaciones entre política y economía. Las transformaciones practicadas en las diferentes esferas sociales exigieron nuevas racionalizaciones del mundo jurídico. Teniendo en vista la proximidad con la política y la economía, varios fueron los impactos en el derecho constitucional y administrativo, que pasaron a ser revisados más allá de sus raíces teóricas liberales. Por lo tanto, es relevante investigar a las transformaciones practicadas en estas ramas del derecho público, partiéndose de las diferentes fuentes del derecho, entre ellas, la doctrina juspublicista. Lo que se pretende demostrar es que con la tendencia a la intervención, considerada por muchos como "necesaria", la economía pasó a integrar la política, potencializándose la dominación técnica, que se reflejó directamente en la dinámica de la separación de poderes y de la propia democracia. El Poder Ejecutivo se fortaleció, tanto en su estructura como en sus competencias y hubo un dislocamiento del poder normativo hacia el Ejecutivo. Estas transformaciones se practicaron muchas veces al borde de los textos constitucionales y con lastre en la doctrina jurídica producida en aquella época. La pretensión de esta investigación es estudiar la obra del jurista Themistocles Brandão Cavalcanti con fin de testar esta hipótesis.

**Palabras-clave:** Estado Interventor. Themistocles Cavalcanti. Separación de poderes. Delegaciones parlamentarias.

## **RIASSUNTO**

L'obiettivo di questo lavoro è analizzare la formazione dello Stato interventista in Brasile alla luce dell'opera dottrinarica del giurista Themistocles Brandão Cavalcanti. A partire dalla rivoluzione di 1930 l'ambito dell'intervento statale in Brasile fu favorito, aumentando i rapporti tra politica ed economia. Le trasformazioni operate in diverse sfere sociali richiedevano dal mondo giuridico nuove razionalizzazioni. Tenendo conto della prossimità tra politica ed economia, parecchi furono le ripercussioni sul diritto costituzionale ed amministrativo, che cominciarono ad essere rivisti al di là delle sue radici teoriche liberali. Dunque è rilevante investigare le trasformazioni operate in questi rami del diritto pubblico a partire dalle diverse fonti del diritto, tra cui la dottrina pubblicistica. Quello che si intende dimostrare è che con la tendenza all'intervento, vista da molti come “necessaria”, l'economia passa a far parte della politica, rafforzando così la dominazione tecnica, il che si riflette direttamente sulla dinamica della separazione dei poteri e della stessa democrazia. Il potere esecutivo fu rafforzato sia nella sua struttura che nelle sue competenze e ci fu uno spostamento del potere normativo verso l'esecutivo. Queste trasformazioni vennero fatte senza considerazione dei testi costituzionali e con basi nella dottrina giuridica prodotta all'epoca. Lo scopo di questa ricerca è studiare l'opera del giurista Themistocles Cavalcanti per testare questa ipotesi.

**Parole-chiave:** Stato Interventista. Themistocles Cavalcanti. Separazione dei poteri. Delegazioni parlamentari.

## RÉSUMÉ

L'objectif de cette étude est d'analyser la formation de l'État interventionniste au Brésil basé sur l'oeuvre doctrinaire du juriste Themistocles Brandão Cavalcanti. À partir de la Révolution de 1930, la portée de l'intervention de l'État au Brésil a été favorisée, faisant croître les relations entre politique et économie. Les transformations qui ont eu lieu dans les différents milieux sociaux ont engendré de nouvelles rationalisations juridiques. Compte tenu de la proximité avec la politique et l'économie, il y a eu plusieurs impacts sur le droit constitutionnel et administratif, qui ont été revus au delà de ses racines théoriques libérales. De cette façon, il est pertinent d'analyser les transformations qui ont eu lieu dans ces domaines du droit public, ayant comme base les différentes sources du droit, parmi lesquelles, la doctrine jus publiciste. L'objectif est de démontrer que, avec l'interventionnisme, tenu par certains comme "nécessaire", l'économie est devenue une partie de la politique, augmentant la domination technique. Cela a eu un impact direct sur la dynamique de séparation des pouvoirs et même sur la démocratie. Le Pouvoir Exécutif s'est renforcé dans sa structure et dans ses compétences et il y a eu un déplacement du pouvoir normatif vers l'Exécutif. Ces transformations ont souvent eu lieu en marge des textes constitutionnels et fondées sur la doctrine juridique produite à l'époque. L'ambition de cette recherche est d'étudier l'oeuvre du juriste Themistocles Cavalcanti afin de tester cette hypothèse.

**Mots-clés:** L'État Interventionniste. Themistocles Cavalcanti. Séparation des pouvoirs. Délégations parlementaires.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>14</b>
<b>1. UM PERFIL E UMA TRAJETÓRIA: THEMISTOCLES CAVALCANTI.....</b>	<b>37</b>
1.1. ORIGEM FAMILIAR.....	37
1.2. FORMAÇÃO E TRAJETÓRIA PROFISSIONAL.....	38
1.3. REDES E CONEXÕES POLÍTICAS.....	50
1.4. QUE TIPO DE JURISTA FOI THEMISTOCLES CAVALCANTI.....	63
1.5. THEMISTOCLES CAVALCANTI E A IDEOLOGIA AUTORITÁRIA.....	69
<b>2. CONTEXTO DOUTRINÁRIO.....</b>	<b>76</b>
2.1. ARTIGOS.....	79
2.2. PARECERES.....	105
2.3. MANUAIS.....	112
<b>3. A DOUTRINA DE THEMISTOCLES CAVALCANTI.....</b>	<b>119</b>
3.1. AS CONCEPÇÕES BÁSICAS DO AUTOR.....	121
3.1.1. História do direito administrativo brasileiro.....	122
3.1.2. Conceito de direito administrativo.....	136
3.1.3. Fontes do direito administrativo.....	142
3.1.4. Direito público e direito privado.....	148
3.1.5. Intervenção estatal.....	151
3.1.6. Estado corporativo.....	172
3.2. AS DELEGAÇÕES LEGISLATIVAS.....	194
3.2.1. Período de 1934 a 1937.....	196
3.2.2. Período de 1937 a 1945.....	222
3.2.3. Período de 1946 a 1964.....	247
<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>282</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>291</b>
<b>ANEXO – ENTREVISTA COM O JURISTA THEMISTOCLES CAVALCANTI.....</b>	<b>304</b>



## INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é analisar a formação do Estado Interventor no Brasil à luz da obra doutrinária do jurista Themistocles Brandão Cavalcanti. A partir da Revolução de 1930 o âmbito de intervenção estatal no Brasil foi ampliado substancialmente, aumentando as relações entre política e economia. As transformações operadas nas diferentes esferas sociais exigiram do mundo jurídico novas racionalizações. Tendo em vista a proximidade com a política e a economia, vários foram os impactos no direito constitucional e administrativo, que passaram a ser revistos para além das suas raízes teóricas liberais. Dessa forma, torna-se relevante investigar as transformações operadas nestes ramos do direito público a partir das diferentes fontes do direito, entre elas, a doutrina juspublicista.

O que se pretende demonstrar é que, com a tendência à intervenção vista por muitos como “necessária”, a economia passou a integrar mais abertamente a política, potencializando-se a dominação técnica, o que se refletiu diretamente na dinâmica da separação dos poderes e na própria democracia, já que na medida em que os espaços deliberativos foram enfraquecidos, fortaleceram-se os órgãos técnicos. A política ganhou um viés de ciência, restringindo a participação dos “leigos”. O Poder Executivo foi fortalecido, tanto em sua estrutura como nas suas competências e houve um deslocamento do poder normativo em direção ao Executivo. Estas transformações se operaram muitas vezes à margem dos textos constitucionais e com lastro na doutrina jurídica produzida na época. O que o presente trabalho pretende é compulsar a obra do jurista Themistocles Cavalcanti a fim de testar esta hipótese. Trata-se, portanto, de um trabalho de história das ideias jurídicas.

A historiografia do direito vem ganhando cada vez mais espaço na academia jurídica brasileira. A cada ano, novas dissertações e teses são apresentadas pelo Brasil, com destaque para os programas de pós-graduação em direito da UFSC, UFPR, USP, UFRJ e UnB.<sup>1</sup>

Essa atenção à abordagem histórica não se dá pela curiosidade diletante em busca de um “*verniz de erudição*”, como leciona Antonio Carlos Wolkmer, mas, pelo objetivo de investigar as raízes conceituais e

---

<sup>1</sup> Quanto ao crescimento do interesse sobre a história do direito no Brasil, vide FONSECA, Ricardo Marcelo. **O deserto e o vulcão – reflexões e avaliações sobre a História do Direito no Brasil**. < <http://www.forhistiur.de/2012-06-fonseca/>>, acesso em 25.01.2016.



institucionais do direito e da dogmática jurídica; não para justificar o direito presente ou as ações do passado, mas para resgatar racionalidades, linguagens e personagens muitas vezes perdidos no tempo ou relidos e até mesmo “naturalizados” com intuítos legitimatórios. Enfim, como leciona António Hespanha, para criticar o acrítico dogmático.<sup>2</sup>

Ao problematizar a função da História do Direito, Costa (2010, p. 74) conclui pela sua “inutilidade”, ou seja, ela vale por si mesma e não como um apêndice de qualquer disciplina dogmática. O trabalho do historiador do direito consiste em uma interpretação. Há um sujeito imerso em seu presente que se volta ao passado, não para usá-lo, mas para interpretá-lo: para “*interpretar os textos antigos, buscar neles o sentido que os caracterizava no contexto no qual foram produzidos e usados*”.

O presente é o observatório do historiador, impondo-lhe um ponto de vista e lhe fornecendo instrumentos para olhar e interpretar o passado. Entretanto, o texto em seu sentido original é inatingível; o historiador o interpreta e o reescreve mais uma vez. Se sua interpretação é correta ou não, depende da tese sustentada e de sua comprovação. “*Os mundos desaparecidos são irrecuperáveis*”, por isso o historiador jamais vai conseguir uma representação indiscutível e total da realidade passada, mas apenas uma reconstrução parcial e hipotética (COSTA, 2010, p. 74). É o que Hespanha (2005) chama de relativismo da história.

No entanto, adverte Stolleis (2009, p. 28), essa tarefa hermenêutica do historiador do direito deve ser precedida de cautelas, tais como a inserção das fontes no horizonte cultural em que elas surgiram e operaram, bem como o esforço em evitar uma interpretação anacrônica pautada pela experiência jurídica própria do historiador. Enfim, cabe interpretar as fontes a partir dos seus próprios pressupostos

---

<sup>2</sup> “A opinião adoptada neste curso é a de que a história do direito é, de facto, um saber formativo; mas de uma maneira que é diferente daquela em que o são a maioria das disciplinas dogmáticas que constituem os cursos jurídicos. Enquanto que as últimas visam criar certezas acerca do direito vigente, a missão da história do direito é antes a de problematizar o pressuposto implícito e acrítico das disciplinas dogmáticas, ou seja, o de que o direito dos nossos dias é o racional, o necessário, o definitivo. [...] as soluções jurídicas são sempre contingentes em relação a um dado envolvimento (ou ambiente). São, nesse sentido, sempre locais.” Vide HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 21.

e vinculada ao seu contexto cultural, “*enterderla como solución a um problema de ordenación planteado en su momento*”.<sup>3</sup>

Se é para a história do direito ter uma “funcionalidade”, que seja, então, para estabelecer os elos entre as culturas jurídicas das diferentes épocas. Elo não no sentido de uma necessária continuidade, mas sobretudo como um momento permeado por descontinuidades e ressignificações. Se é para olhar o passado a partir do presente, que se evitem os (pré)juízos e se busquem os sentidos originais. O direito também é uma forma peculiar de história, já que sua identidade é necessariamente histórica.

Pois bem, quanto aos ramos do direito administrativo e constitucional, os manuais costumam passar ao largo do tema histórico da disciplina.<sup>4</sup> Quando assim não o fazem, dedicam algum capítulo inicial para traçar um “escorço” histórico geralmente tranquilo, linear e progressivo, na maioria das vezes com propósitos de justificar a “maturidade” dos conceitos e institutos da atualidade, o que acaba por empobrecer os debates jurídicos e políticos do passado. Até parece que tudo se deu por uma simples e tranquila “importação” de conceitos e institutos estrangeiros, mediante procedimentos técnicos e alheios às escolhas políticas e econômicas. Enquanto o país passava por conflitos

---

<sup>3</sup> Para Stolleis, “*el pasado sigue siendo ‘en quanto tal’ irrecuperable, no existe um acceso directo a él. Sigue siendo visible, pero, como si estuviera tras un vidrio translúcido, con contornos siempre más o menos difuminados*” (STOLLEIS, 2009, p. 20). Sobre uma discussão a respeito da metodologia da história do direito, vide (STOLLEIS, 2009, p. 03-31).

<sup>4</sup> Entre os manuais, Oswaldo Bandeira de Mello dedica uma análise da história nacional da disciplina, mas adota uma metodologia linear e progressista, sem abordar as rupturas e influências políticas e econômicas. Vide BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3 ed. Vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2007. Quanto ao direito constitucional, temos a obra de Paulo Bonavides e Paes de Andrade. Trata-se de um bom livro para introduzir a pesquisa sobre história constitucional do Brasil, entretanto, como o ponto de referência dos autores foi a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, muitos dos debates jurídicos envolvendo as constituições pretéritas, ou são ignorados ou são analisados à sombra da “Constituição cidadã”. Vide **História constitucional do Brasil**. 5 ed. Brasília: Editora da OAB, 2004. Também, é forçoso citar a obra organizada pela editora do Senado Federal (“Coleção Constituições Brasileiras”, sete volumes). Embora sintéticos, os volumes procuram trazer uma análise histórica mais voltada para o passado, inclusive trazendo textos de autores da época. Por exemplo, no exemplar que trata da Constituição de 1967 (volume 6) há um artigo do jurista Themistocles Brandão Cavalcanti abordando o “*Federalismo na constituição de 1967*”.

(inclusive levantes armados) que conduziram a sensíveis rupturas políticas e econômicas, o direito pareceria, assim, reinar soberano em seu universo simbólico tecnicista.

Ocorre que a história do direito não é tranquila como se quer fazer crer. Como um *Janus*, o direito pode aparentar na dogmática a sua face serena, porém, mergulhado que está em meio às transformações políticas e econômicas, revela sua outra face atormentada.<sup>5</sup>

*Janus* parece ser uma alegoria didática ao tema em apreço. A divindade romana é associada às transições, por isso a porta e o mês de janeiro lhe são dedicadas. A face dupla simboliza o conflito entre o passado e o futuro, é o deus das mudanças, dos inícios, das decisões e escolhas.<sup>6</sup> O objetivo dessa pesquisa é justamente investigar as transformações no direito público a partir dos anos pós-30, dividido entre o “velho” e o “novo”, entre a “tranquila” dogmática e a atormentada política.

Portanto, a história do direito no Brasil nos parece um tema necessário. Não é incomum encontrar nos manuais jurídicos, conceitos e instituições que parecem descolados de realidade e de significado (v.g. *atos de império e atos de gestão; interesse público primário e secundário, etc.*), regimes jurídicos até hoje de difícil compreensão e que, não raro, são levados à discussão nos tribunais (v.g. regimes das autarquias, fundações e empresas estatais) e instituições “vendidas” como grandes novidades (v.g. agências reguladoras e toda sorte de argumentos para justificar seu “*poder normativo estendido*”).<sup>7</sup> Verifica-

---

<sup>5</sup> Essa analogia à divindade pagã foi adaptada a partir de BURDEAU, Georges. **O Estado**. Trad. Maria E. P. Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Sobre *Janus*, “[...] divindade latina que nunca foi admitida pelos gregos. Organizador e regulador do mundo, Jano representa a transição e a passagem; é por isso que a porta, assim como um dos meses do ano (janeiro) lhe eram consagrados. [...] dão-se-lhe dois rostos porque conhece o passado e o futuro. O seu templo só permanecia aberto durante a guerra, e fechava-se durante a paz, [...]”. In. MÉNARD, René. **Mitologia greco-romana**. Vol. 1. Trad. Aldo Della Nina. São Paulo: Opus, 1991, p. 31.

<sup>6</sup> < <http://pt.wikipedia.org/wiki/Jano> > , acesso em 22.08.2014.

<sup>7</sup> Alguns argumentos utilizados: “*delegation with standards*” (Luiz Roberto Barroso); “*Mutação constitucional*” (Gilmar Mendes e Tércio Sampaio Ferraz Junior); “*delegação instrumental*” (Marcos Vilela Souto), etc. Inclusive esses foram os argumentos centrais nas ADIns 3.090, 3.100 e 3.101 que questionavam as medidas provisórias que tratavam sobre o “Novo Modelo” de Estado, todas da lavra do Min. Gilmar Mendes, muito simpático ao tema da “mutação constitucional”. Sobre o tema vide ARAGÃO, Alexandre Santos

se certa dificuldade ou resistência do direito administrativo em se constitucionalizar e lidar com os direitos fundamentais.

Por isso, a análise histórica também pode contribuir para melhor compreensão do direito atual.

O período estudado nesta pesquisa é de grande importância para a compreensão da construção da estatalidade nacional. Existem centenas de livros e artigos abordando os anos pós-1930, o que confirma a relevância desse momento para a história nacional. Também é possível encontrar trabalhos de historiografia do direito (na maioria deles dissertações de mestrado) que investigaram as transformações jurídicas, nomeadamente na área do direito do trabalho e no direito sindical. No entanto, o período carece de trabalhos voltados à história do direito administrativo, ramo do direito que se ampliou a partir daqueles anos.

Gilberto Bercovici afirma que a construção do Estado nacional nos anos pós-30 se deu, em essência, a partir do Poder Executivo. Da mesma forma, segundo o autor, o modelo interventor foi concebido à margem do plano constitucional, o que, para ele, representou um divórcio entre Estado e Constituição, ou, como o professor paulistano diz, “*um diálogo entre ausentes*”. Conclui que a Constituição não foi a referência de atuação do Estado interventor, que se deu predominantemente no âmbito do direito administrativo e econômico.<sup>8</sup>

---

(Org.). **O poder normativo das agências reguladoras**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011 e TOLMASQUIN, Mauricio T. **Novo modelo do setor elétrico brasileiro**. Rio de Janeiro: Synergia, 2011.

<sup>8</sup> Inclusive Bercovici cita em nota a obra de Themistocles Cavalcanti (*Instituições de Direito Administrativo Brasileiro – 1936*) como uma referência para ilustrar essa conclusão. BERCOVICI, Gilberto. **Estado Intervencionista e Constituição Social no Brasil: O Silêncio Ensurdecido de um Diálogo entre Ausentes**. <

Não obstante as diversas interpretações que a análise histórica admite (Costa, 2010, p. 23), a Revolução oligárquica de 3 de outubro de 1930 foi um evento de extrema importância política, econômica, social e jurídica para o Brasil, que teve nos tenentes e nas oligarquias suas forças sociais propulsoras (CASTRO GOMES, 1980, pp. 25; 26).<sup>9</sup> O “rompimento” com a 1ª República, alcunhada de “Velha” ante as propostas modernizantes da Revolução, impactou decisivamente nossa história.<sup>10</sup> Themistocles Cavalcanti, identificando-se com o movimento tenentista e a Revolução de 1930, enxergava aquele momento como uma etapa de refundação do país e do Estado.

A propaganda modernização trazia a reboque reformas políticas, sociais, culturais, econômicas e também jurídicas. Dessa forma, a história do direito encontra nessa época – sem, por óbvio, menosprezar os importantes períodos anteriores –, um relevante manancial de estudos para reconstruir a formação da cultura jurídica nacional.

Segundo Bercovici (2003, pp. 224-225), é a partir desse momento histórico que ocorreu a etapa decisiva na constituição “*de um Estado nacional e de um Estado intervencionista com estruturas típicas do capitalismo avançado*”, não obstante continuar a ser um Estado heterogêneo e contraditório. Para Boris Fausto e Francisco Weffort

---

<sup>9</sup> Maria Forjaz identifica nos tenentes, nas oligarquias paulistas (cafeicultores, industriais, burguesia comercial e financeira) e nas oligarquias dissidentes (fracas e fortes) as principais forças sociais do pós-30 (1988, p. 96). Importante mencionar que o alinhamento entre tenentes e oligarquias foi circunstancial e aos poucos se diluiu após a tomada do poder. Outrossim, não entraremos, pelo menos por enquanto, na dicotomia golpe vs. revolução. Para melhor esclarecimento sobre o tema, em especial sobre o período 1930-37, vide CAMARGO, Aspásia; PANDOLFI, Dulce Chaves. **O golpe silencioso: as origens da república corporativa**. Rio de Janeiro: Rio Fundo, 1989. CASTRO GOMES, Ângela Maria de. et al. **Regionalismo e centralização política: partidos e constituinte nos anos 30**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

<sup>10</sup> Para um conhecimento geral sobre a Revolução de 1930, vide FAUSTO, Boris. **A Revolução de 1930**. São Paulo: Cia. das Letras, 1997. Para uma abordagem marxista sobre a Revolução de 1930, vista como um discurso historiográfico de dominação de classe e produção da memória histórica, vide DE DECCA, Edgar Salvadori. **1930: O silêncio dos vencidos**. 4 ed. São Paulo: Brasiliense, 1988. A obra exagera no tom marxista, porém empreende uma análise interessante da Revolução de 1930 tratando de temas importantes como revolução, classes sociais, nação e principalmente o aspecto discursivo legitimador da história e do historiador.

formou-se um “*Estado de compromisso*”, um “tipo ideal” que deve ser compreendido adequadamente.

Como explica Eli Diniz (1978, p. 47-48), o conceito de Estado de compromisso não representa um pacto hegemônico e coerente entre as elites, mas a existência de uma pluralidade de setores em disputa.<sup>11</sup> O conceito serve como modelo de racionalização para compreender os desafios da necessária reformulação da estrutura de poder e a incapacidade de qualquer grupo social em assumir o protagonismo do processo político e econômico. Em outros termos, coube ao Estado e às suas estruturas, acomodar e tentar sintetizar os diferentes interesses sociais, sem olvidar a proposta de modernização a partir da implantação de um modelo econômico industrial.<sup>12</sup>

Dessa forma, o “Estado de compromisso” será compreendido como um ente articulador dos diferentes interesses sociais e econômicos a partir de um interesse superior do Estado (DRAIBE, 2004, p. 17), pelo menos no âmbito normativo (*dever ser*). Não que todos os interesses sociais e econômicos sejam “publicizados”, mas serão regulados e incentivados a partir de um interesse superior do Estado.<sup>13</sup> Nesse papel de “árbitro” o Estado passa a aumentar sua função interventora na economia (direta e indiretamente), tanto que as três Constituições do período (1934, 1937 e 1946) previram capítulos específicos sobre a ordem econômica e social, o que também refletia uma tendência da época.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> Os anos pós-30 serão marcados pela instabilidade ocasionada, entre outros fatores, pela continuidade e descontinuidade entre as elites políticas, bem como seus conflitos internos (CASTRO GOMES, 1980, p. 25).

<sup>12</sup> Essa política de compromisso pode ser compreendida também como uma estratégia política para captar apoio dos diferentes setores sociais e econômicos, sem se comprometer demasiadamente com um único setor apenas. A política industrializante só adquire centralidade no projeto de Estado a partir de 1937, afirmando-se ao final do Estado Novo (SKIDMORE, 2010, p. 77).

<sup>13</sup> É importante mencionar que a relativa autonomia do Estado não implicou independência em relação aos interesses oligárquicos agroexportadores, eis que é possível identificar uma “*coalizão conservadora de interesses na base social do Estado*” (DRAIBE, 2004, p. 18). Nesse sentido, “*A política do Estado não feriu nem se afastou totalmente dos múltiplos interesses oligárquicos e agroexportadores; contemplou interesses imediatos dos setores médios urbanos e da burguesia industrial e, excluindo o campesinato, incorporou progressivamente os setores populares urbanos.*” (DRAIBE, 2004, p. 18)

<sup>14</sup> Esse modelo “arbitral” de Estado encontrará no corporativismo ampla base de fundamentação, tanto que foi previsto expressamente da Carta de 37 (art. 140).

Ocorre que o momento inaugurado com a Revolução de 1930 traria ondas de instabilidade política que podem ser repartidas nas diversas propostas constitucionais (1934, 1937 e 1946). Muito embora seja possível sustentar certa linearidade econômica nesses períodos (a tentativa de instaurar um modelo capitalista industrializante caracterizado pela intervenção estatal), a instabilidade política e a constitucional são traços marcantes.

Do ponto de vista econômico, no pós-1930 é possível encontrar as diversas fases do modelo desenvolvimentista, pautado por um Estado interventor e planejador do desenvolvimento econômico, buscando no modelo capitalista industrial a proposta de desenvolvimento aos países de economia atrasada. De 1930-44 surge a teoria desenvolvimentista; de 1945-55 dá-se seu amadurecimento; de 1956-64 ocorre seu auge. (BIELSCHOWSKY, 2000, pp. 247-248)

O Estado interventor foi facilitado pela proposta de industrialização da época. Isso porque, antes da década de 1930 houve crescimento industrial no país, mas não um processo de industrialização; no primeiro caso, não houve modificação nas estruturas da economia e do Estado; mas, no segundo caso, tais modificações foram necessárias. (DINIZ, 1999, pp. 24-25)<sup>15</sup>

Essas reformulações econômicas, principalmente no tocante a um Estado de perfil mais interventor,<sup>16</sup> exigirão uma nova, senão

Muitos juristas da época recepcionaram e propagaram as doutrinas corporativistas, entre eles Themistocles Cavalcanti. No ano de 1938, duas traduções relativas ao tema do corporativismo foram feitas no Brasil. (**Syndicalismo, corporativismo e Estado corporativo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938), obra do administrativista francês Roger Bonnard e traduzida por Themistocles Cavalcanti. Poucos meses depois, Azevedo Amaral publica sua tradução da clássica obra de Mihail Manoilescu (**O século do corporativismo**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1938).

<sup>15</sup> Sobre as “*ilhas de intervenção*” estatal ocorridas na Primeira República, vide SEELAENDER, Airton. *Pondo os pobres no seu lugar – igualdade constitucional e intervencionismo segregador na Primeira República*. In. COUTINHO, Jacinto N. M. e LIMA, Martorio M. B. (Org.). **Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, pp. 01-26. CORREA, Gustavo Zatelli. **Poder de polícia e construção jurídica do Estado: uma análise das obras de direito administrativo da primeira república**. TCC. Centro de Ciências Jurídicas/Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: 2013.

<sup>16</sup> É importante mencionar que já na 1ª República a ideia de intervenção estatal não é estranha ante a existência de “ilhas de intervenção” do Estado

reformulada base jurídica que repercutirá consideravelmente no direito público. Nesse sentido, quanto mais a economia se torna a dimensão dominante do Estado ante o desdobramento da revolução industrial, mais surge a necessidade de se pensar sobre um campo especial do direito administrativo, permeado pelo fator econômico. (STOLLEIS, 2004, p. 226)<sup>17</sup>

Durante anos o Estado brasileiro foi, em grande parte, um mecanismo a serviço das forças econômicas agrárias; portanto, conceber um modelo intervencionista industrializante reclamava um confronto com o pensamento liberal tradicional e um necessário fortalecimento das estruturas e da ação estatal.<sup>18</sup> Logo, o conceito de Estado interventor

---

(SEELAENDER, Airton. Conferência no I Congresso Brasileiro de História do Direito – IBHD, Florianópolis/SC); não obstante, o modelo interventor de Estado ganha corpo e estrutura nos anos pós-1930 (VENÂNCIO FILHO, 1979, passim). Na 1ª República havia um intervencionismo estatal voltado ao setor agrário exportador, nomeadamente, o café. Porém, não havia uma intervenção em favor da indústria, salvo um incipiente fomento ao setor têxtil (SKIDMORE, 2012, p. 74-75). Também sobre o tema, vide DINIZ, Eli. **Empresário, Estado e Capitalismo no Brasil: 1930-1945**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

<sup>17</sup> Sobre as transformações no direito administrativo, forçadas a partir da era industrial, vide STOLLEIS, Michael. *Las líneas de desarrollo de la dogmática del Derecho administrativo en la era industrial*. Trad. Jaime Nicolas Muñiz. In. **Documentación Administrativa**. n. 234. abril-junho 1993. Também, vide HESPANHA, António Manuel. *O direito administrativo como emergência de um governo activo* (c. 1800 – c 1910). **Revista de história das ideias**. Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra. n. 26. Coimbra: 2005, p. 119-159. Também, sobre os impactos administrativos ante as transformações políticas e econômicas, vide ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2009. METZLER, Edward L. *The growth and development of Administrative Law*. In. **Marquette Law Review**. Vol. 19. n. 04, 1935. <scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol19/iss4/1>, acesso em 17.07.2015.

<sup>18</sup> Esse confronto conceitual entre liberalismo e Estado Interventor também era um embate entre as elites políticas. As oligarquias da Primeira República mantinham-se fiéis, pelo menos no recente pós-30, aos princípios liberais de autonomia local (federalismo), mínima intervenção estatal, sufrágio universal e constitucionalização do país (CASTRO GOMES, 1980, pp. 28-29). Esse confronto também se deu economicamente. Sobre o liberalismo econômico vide ROSANVALLON, Pierre. **O liberalismo econômico: história da idéia de mercado**. Trad. Antonio Penalves Rocha. Baurur: EDUSC, 2002. Sobre uma reflexão a respeito do liberalismo no Brasil, vide PAIM, Paulo. **História do**



passou a ser disputado pelos liberais, antiliberais (autoritários ou não) e as diversas correntes de esquerda.

Nos anos pós-1930 buscou-se adotar um modelo interventor de Estado, que se chocava com uma cultura jurídica e política liberal (pelo menos em teoria).<sup>19</sup> Havia autores que elaboraram um pensamento jurídico e político antiliberal (Francisco Campos, Azevedo Amaral e Oliveira Vianna), mas também autores que tentaram conciliar a modernização do Estado interventor com uma releitura dos conceitos e instituições liberais, de modo a preservar alguns de seus elementos, buscando uma síntese e não uma negação do liberalismo. É esta que parece ser a proposta de Themistocles Cavalcanti. Porém, a manutenção do liberalismo guardará suas ambiguidades, tais como a repulsa pela democracia popular, o elitismo e até mesmo a pregação do golpe como uma estratégia política válida.<sup>20</sup> Ou seja, a construção desse Estado Interventor deveria se dar ao longe das intervenções populares “irracionais”; e mais no âmbito do Executivo do que do Legislativo.

A própria situação de instabilidade constitucional do período sugere essa dificuldade de tentar implantar um modelo intervencionista de Estado ante a resistência de uma cultura liberal, sem contar, é claro, as divergências entre as elites políticas.

Em pouco mais de 30 anos, o Brasil testou três Constituições, uma delas formal (1937) eis que à sombra de uma ditadura pessoal.<sup>21</sup>

**liberalismo brasileiro.** <<http://www.ecsbdefesa.com.br/defesa/fts/PAIM.pdf>>, acesso em 25.01.2016.

<sup>19</sup> Na época, São Paulo era o maior reduto do “constitucionalismo liberal”. Sobre uma análise do liberalismo em São Paulo e sua adesão ao Estado Novo, vide CODATO, Adriano. **Classes dirigentes e fórmula política: afinidades eletivas entre o liberalismo e o autoritarismo no Brasil.** <[https://www.academia.edu/4114859/Classes\\_dirigentes\\_e\\_f%C3%B3rmula\\_pol%C3%ADtica\\_afinidades\\_eletivas\\_entre\\_o\\_liberalismo\\_e\\_o\\_autoritarismo\\_no\\_Brasil](https://www.academia.edu/4114859/Classes_dirigentes_e_f%C3%B3rmula_pol%C3%ADtica_afinidades_eletivas_entre_o_liberalismo_e_o_autoritarismo_no_Brasil)>, acesso em 25.01.2016.

<sup>20</sup> Nesse sentido, vide Benevides, Maria Victoria de Mesquita. **A UDN e o udenismo: ambigüidades do liberalismo brasileiro (1945-1965).** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981.

<sup>21</sup> São dignas de notas as palavras do jurista Francisco Campos (autor da Carta de 1937) em entrevista ao *Correio da Manhã* (RJ), em março de 1945: “Os males que, porventura, tenham resultado para o País do regime inaugurado pelo golpe de Estado de 1937 não podem ser atribuídos à Constituição. Esta não chegou sequer a vigorar. E, se tivesse vigorado, teria, certamente, constituído importante limitação ao exercício do poder. [...] Se a Constituição tivesse sido aplicada, não nos encontraríamos, hoje, no impasse em que nos

Essa instabilidade é, em parte, explicada pelas perspectivas ideológicas da época. A Revolução de 1930 não foi conduzida por um bloco homogêneo, havia os “revolucionários”, os “reformistas” e até muitos “oportunistas”. Entre os revolucionários e reformistas, é funcional, para fins de análise, segmentá-los entre constitucionalistas liberais, autoritários e semiautoritários. (SKIDMORE, 2010. pp. 41-44)

A Revolução de 1930 e seus desdobramentos foram muito além da figura carismática de Vargas. Conforme Codato (2008, p. 145), o período tem que ser analisado além da perspectiva reducionista de um governo conduzido “messianicamente” por Getúlio Vargas. Por óbvio que a figura carismática dele, somada à sua habilidade política, tenham sido importantes para romper com os laços tradicionais da Primeira República frente ao novo imaginário social urbano, sem olvidar seu talento político para articular alianças. A construção do projeto político e econômico pós-1930 contou, porém, com uma complexa estrutura administrativa.<sup>22</sup>

Até 1930, o Brasil tinha um modelo econômico predominantemente agrário-exportador favorecido por um modelo político formalmente republicano, o qual se degenerara em um mecanismo político oligárquico favorecendo as elites agrárias hegemônicas de alguns Estados (nomeadamente, São Paulo e Minas Gerais).<sup>23</sup> Dessa forma, a partir da década de 1930 - quando a Revolução

---

*encontramos. Ela poderia ter sido oportuna e pacificamente atualizada, sem que se precisasse de recorrer aos expedientes, aos malabarismos e aos sofismas que tanto enfraqueceram o Governo perante a Nação”* (CAMPOS, 2001, p. 41). Estudando o regime de 1937, Karl Loewenstein concluiu que se tratava de um modelo *sui generis* de autocracia, necessitando da formulação de novas categorias jurídicas e políticas. (MOTA, 2010, p. 341).

<sup>22</sup> CODATO, Adriano Nervo. *Quando o Brasil era moderno: o Estado antes da crise do Estado*. In. **Dois pontos**. Curitiba/São Carlos, Vol. 5, n. 2, pp. 143-168, outubro, 2008.

<sup>23</sup> Sobre essa degeneração da República em Oligarquia, Chrystian Lynch propõe uma curiosa estratégia de compreensão denominada “modelo operativo empírico”. Para o autor, a Política dos Governadores (equivalente oligárquico de forma de governo) “*não passava de um ‘modelo operativo empírico’, ou seja, a forma pela qual as instituições funcionavam empiricamente a partir da interpretação que os agentes políticos conferem às normas constitucionais que as prevêm (e que podem ser, na prática, extraconstitucionais. [...] É a interpretação constitucional hegemônica que resultar daquele embate, elaborada pelos atores políticos hegemônicos, que, devidamente consolidada, dará origem ao modelo operativo empírico por meio do qual as instituições*

foi um mecanismo para “impor” a transformação -, o país passa pelo grande desafio de renovar sua base produtiva (política de substituição de importações), em grande parte ocasionada pela crise econômica de 1929, que abalou significativamente o modelo agrário-exportador e financeiro.<sup>24</sup> Essa renovação econômica passava necessariamente por uma reestruturação política e, principalmente, administrativa.

Economia, política e direito (temas centrais no período estudado) adquirem uma relativa autonomia e não necessariamente se racionalizam concomitantemente. Muito embora as peculiaridades brasileiras, a sociologia weberiana é adequada para estudar as transformações do período e as precondições desse sistema econômico, entre elas a existência de um direito e de uma administração burocrática, um Estado e uma política econômica racionais. (WEBER, 2006, pp. 16; 89-100)<sup>25</sup>

O processo de racionalização - que não se confunde com o otimismo iluminista - consiste em um método de análise dos fenômenos sociais que não é necessariamente uniforme. Por conseguinte, a racionalização pode ocorrer em níveis e em momentos diversos nas respectivas esferas sociais (esferas de existência), que, por sua vez, se relacionam não a partir de determinismos, mas através de uma rede de favorecimentos recíprocos,<sup>26</sup> por exemplo, uma determinada

---

*políticas previstas pela Constituição funcionarão no mundo real”* (LYNCH, 2012, p. 389). Mas há de se perguntar qual é o limite entre esse “modelo operativo empírico” e a violação da Constituição. Ou seja, essa forma de racionalização da Política dos Governadores pela interpretação constitucional dos atores políticos hegemônicos pode disfarçar ou atenuar, como me parece ter ocorrido na 1ª República, uma prática política oligárquica inconstitucional perpetrada por sucessivas eleições fraudulentas, portanto, violadora do modelo republicano proposto pela Constituição de 1891.

<sup>24</sup> Vide FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 11 ed. São Paulo: Editora Nacional, 1971.

<sup>25</sup> Isso não significa afirmar que na 1ª República o modelo era desprovido de qualquer racionalidade. O sistema da 1ª República tinha sua racionalidade (e funcionou bem por muitos anos), porém, era direcionado aos fins oligárquicos agrário-exportadores.

<sup>26</sup> Conforme Castro *“Este processo de racionalização do direito, assim como o processo geral de racionalização do Ocidente, não é acompanhado, por parte de Weber, de considerações otimistas. Significa isto que Weber não partilha daquela esperança iluminista de que a afirmação da razão na história conduziria a sociedade a um aperfeiçoamento qualitativo, aproximando gradativamente o ser humano de alguma espécie de plenitude. Ao contrário, a racionalização e o desencantamento conduzem, como vimos acima, àqueles dois grandes dilemas da modernidade, a perda de sentido e a perda da*

racionalização da religião (ética protestante) teria favorecido uma determinada racionalização da economia (capitalismo).

Convém mencionar que esse processo de racionalização e favorecimento entre as esferas é sempre relacional, ou seja, pode ser racional para uma esfera social, mas irracional para a outra. Não existe uma racionalidade em si, pois as esferas são racionalizadas a partir de fins ou de valores não necessariamente iguais e podem seguir por caminhos orientados a finalidades diversas. (CASTRO; MESURINI, 2007, p. 04)

Nessa perspectiva, a sociologia do direito de Weber é conduzida não por meio de um reducionismo determinista, eis que o direito se define como o resultado da interação das diversas forças sociais, mas também deve ser compreendido como uma esfera social distinta com uma racionalidade própria, que, por sua vez, contribui de forma autônoma para favorecer (ou influenciar) as outras esferas sociais.<sup>27</sup>

A partir dessa perspectiva weberiana, é possível sustentar que na época estudada (1930-1964) as diferentes esferas sociais foram fortemente impactadas, o que gerou um favorecimento recíproco. Política, economia e direito passaram por transformações relevantes após a Revolução de 1930, que forçaram mudanças de racionalidade

---

*liberdade. Weber, como seu contemporâneo Georg Simmel, partilha daquela visão trágica da modernidade tão típica da tradição sociológica alemã. Na verdade, o conceito de racionalidade em Weber é apenas analítico e descritivo, servindo-lhe tão-somente como instrumento de análise dos fenômenos sociais.”* (CASTRO; MESURINI, 2007, p. 04)

<sup>27</sup> O texto de Castro é digno de transcrição: “*Desencantado o mundo e devidamente diferenciada as esferas de ação com relação a fins (compreendidas no direito, na arte, na religião, etc.), cada uma delas pode seguir, de forma mais ou menos livre, o seu curso de acordo com sua legalidade interna própria. Esta constatação é transformada por Weber em um princípio metodológico segundo o qual não se pode deduzir de qualquer delas os caminhos seguidos pelas outras e muito menos pelo conjunto de todas as esferas da existência. Em outras palavras, está afastada a idéia de que qualquer delas seja objetiva e efetivamente determinante em relação às demais. É evidente, no entanto, que elas travam contatos entre si e se influenciam mutuamente. [...] De tal maneira, para Weber, o desenvolvimento do direito moderno racionalizado segue uma lógica interna própria e não pode ser deduzido como consequência objetiva e necessária de outras esferas, como a econômica, embora tenha recebido importantíssimas influências dela, bem como de outras.*” (CASTRO; MESURINI, 2007, p. 03)

interna, bem como fizeram com que as esferas sociais se relacionassem mais intensamente, gerando favorecimentos por afinidade eletiva.

O direito administrativo e o constitucional se relacionaram mais intensamente com a economia tendo em vista a alteração de racionalidade na esfera econômica (política de substituição de importações, Estado Interventor, etc.). Dessa maneira, economia e direito, como esferas sociais autônomas, passaram por transformações nas suas racionalidades internas e também se influenciaram reciprocamente. As mudanças, tanto na economia quanto no direito, enfrentaram a resistência do pensamento liberal, cada um lidando de forma diversa com suas respectivas racionalidades. No entanto, essas racionalidades se aproximaram em muitos pontos tendo em vista a proposta de intervenção estatal na economia.

A alteração no perfil do Estado após as duas Grandes Guerras será notada em vários países. Uma nova proposta de Estado, agora mais voltada à intervenção econômica e social, não é, portanto, um fenômeno privativo do Brasil (STOLLEIS, 2004, p. 139 ss.). Como um país de recepção e adaptação de ideias, nesse período, muitas doutrinas e ideologias chegam ao Brasil e serão assimiladas e adaptadas por diversos intelectuais da época, muitos deles pessoas afetas às ciências jurídicas.<sup>28</sup>

A problemática presente no Brasil do pós-1930 também envolvia a criação de um Estado ativo, controlador da economia, não no sentido de planificá-la, mas sim de possibilitar um desenvolvimento capitalista industrial sob as “vistas” do Estado e a partir do “interesse público” em implantar um modelo capitalista industrial. Porém, o interesse público não vai se resumir a agenda industrial, até porque o país detinha uma forte elite agrária e financeira, que disputavam espaços dentro do novo projeto político-econômico.

Diante da instabilidade constitucional, o direito administrativo surge como um aliado para desenhar instituições e mecanismos, a fim de possibilitar esse novo projeto do “interesse público”. Esse novo projeto só seria possível se as oligarquias fossem controladas, por isso, aparecia

---

<sup>28</sup> Os autores mais emblemáticos do período são Oliveira Vianna, Francisco Campos e Azevedo Amaral. *“O apoio fundamentado de jovens intelectuais, em geral oriundos da classe média, ajudou a dar a cada estágio uma aura de legitimidade a um líder que não era dado a desculpas ideológicas. Essa legitimidade intelectual era importante para muitos brasileiros que aprovavam em silêncio as políticas de Vargas, mas gostariam de ouvir uma exposição de motivos para as ações do presidente.”* (SKIDMORE, 2010, p. 70)

como alternativa o esvaziamento do parlamento e o aumento do Poder Executivo a partir da concepção de uma nova elite (burocrática), mais comprometida com os interesses do Estado.

As décadas pós-1930 foram um período de grandes transformações econômicas, políticas e sociais no Brasil, quando ocorreu a reorganização das forças econômicas e políticas, impactando no modelo administrativo. (DRAIBE, 2004, p. 35)<sup>29</sup>

Estes impactos no modelo administrativo, forçados pela tendência intervencionista, repercutirão nos contornos do direito público, nomeadamente no direito administrativo. Maria João Estorninho relaciona os diferentes modelos de Estado com o direito administrativo. Enquanto no Estado Liberal as tarefas estatais apontavam para uma “*intervenção pontual e esporádica da Administração*”, contentando-se com um “*laissez faire*”; no Estado Social houve a ampliação da atuação administrativa onde o Estado se propôs a “*faire elle-même*”.<sup>30</sup> A

---

<sup>29</sup> É importante mencionar que esse modelo capitalista industrial não vai ocorrer da noite para o dia, mas suas bases estruturais (políticas, jurídicas e administrativas) serão lançadas no período pós Revolução. Também sobre o tema vide DINIZ, Eli. **Empresário, Estado e Capitalismo no Brasil: 1930-1945**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978. A proposta de uma reforma administrativa como necessária à implantação de um projeto econômico industrializante pode ser vista já nos primeiros pronunciamentos de Getúlio Vargas. Nesse sentido vide WAHRlich, Beatriz Marques de Souza. **Reforma Administrativa na era Vargas**. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 1983, pp. 03-29.

<sup>30</sup> Como disse Carl Schmitt, o direito administrativo nasceu sob as asas do Estado de Direito liberal. No anterior Estado de polícia, pautado pela razão de Estado absolutista, era impensável a existência do direito administrativo, que pressupõe limites jurídicos ao poder. Daí que o modelo liberal forneceu as condições de possibilidade para o florescimento do direito administrativo, tais como a separação dos poderes, os limites jurídicos à administração e a proteção da liberdade individual (FORSTHOFF, 1958, p. 71). Não sem razão o objeto central do direito administrativo fora a doutrina do ato administrativo, que uma vez extraída da teoria civilista do ato jurídico fora “filtrada” a partir da preocupação em se criar um mecanismo que conjugasse a atuação mínima da administração, com a proteção máxima dos direitos individuais (ESTORNINHO, 2009, p. 33). Para Gustav Radbruch, o direito administrativo surge como um ramo jurídico de proteção dos indivíduos eis que quando as atividades administrativas eram conduzidas unicamente pela conveniência política, sem qualquer barreira jurídica, havia uma técnica administrativa e não um direito administrativo. Assim sendo, o direito administrativo passou a existir apenas quando o interesse individual, concebido enquanto um direito subjetivo, fora colocado no caminho do interesse público, possibilitando a reciprocidade

dicotomia liberal *Sociedade civil* e *Estado* passou por uma revisão, deixando de serem espaços autônomos dotados de direitos distintos (ESTORNINHO, 2009, p. 35-40; GUTIÉRREZ, 2004).<sup>31</sup> Portanto,

---

de direitos e deveres que compõe a natureza própria do direito (RADBRUCH, 1999, pp. 164-165). Na França, um direito administrativo autônomo, configurou-se após a Revolução Francesa, sedimentando-se sobre as estruturas administrativas do *ancien régime*. O Conselho de Estado francês foi de capital importância para a formação e aperfeiçoamento desse novo ramo jurídico. Após a Revolução, era preciso ter um ramo jurídico que disciplinasse especificamente as relações entre Estado e indivíduo; este, agora, concebido como um sujeito de direitos e aquele, embora soberano, como um garantidor desses direitos. O Conselho de Estado foi o responsável inicial pela racionalização interna do direito administrativo na medida em que facilitou a construção de um regime jurídico próprio à administração, a partir e além dos conceitos do direito privado. O contencioso administrativo justificava-se, em síntese, a partir de três argumentos. Os juízes “comuns” não eram aptos a enfrentar os novos desafios jurídicos, pois além de não conhecerem da matéria eram muito apegados ao direito privado. Tais juízes, caracteristicamente conservadores, ainda possuíam sólidos vínculos com o *ancien régime*. Por fim, a própria teoria liberal da separação dos poderes explicava aquela jurisdição extravagante, eis que julgar a administração era uma maneira de administrar (FORSTHOFF, 1958, p.86; BURDEAU, 1999, 114-121). Tocqueville ofertou críticas ao modelo francês, dizendo que se formou uma administração demasiadamente centralizada, que um tribunal administrativo não era a instância adequada para julgar a própria administração e que o direito administrativo fora concebido a partir de uma prática administrativa.

<sup>31</sup> Essa contraposição entre Estado e Sociedade civil condicionou as concepções centrais do direito administrativo liberal do século XIX, vigente até o fim do primeiro pós-guerra. Depois disso, ante a diversificação das tarefas estatais, na Alemanha há uma revisão geral dos pressupostos metodológicos do direito público. O direito administrativo passa a ser um sistema de controle e direção do Estado, exigindo a superação daquele modelo concebido à luz do liberalismo, desenvolvendo-se segundo tendências próprias. Sobretudo após a ascensão do regime nacional-socialista, frente à inexistência de uma ordem constitucional, o direito administrativo passou a ser o único espaço para a aplicação dos métodos da tradição do direito público, que foram repensados para além do Estado de Direito liberal e seu formalismo e com vistas a um funcionamento efetivo da administração pública. Para Arnold Köttgen, as formas não eram fins em si mesmos, mas serviam para demarcar as superadas fronteiras entre Estado e sociedade civil, eram, portanto, assimiladas como uma “reliquia” liberal (STOLLEIS, 2004, p. 335; GUTIERREZ, 2004, p. 410). Não obstante as consequências negativas do afastamento do formalismo liberal, Stolleis destaca que houve um impulso modernizador para o direito

estabeleceu-se uma necessária relação entre Estado, administração e direito administrativo.

O direito público passará, consequentemente, por uma releitura em seus conceitos essenciais, bem como por uma formulação de novos institutos a fim de enfrentar o desafio de fornecer mecanismos que possibilitassem uma administração ativa, porém, atento aos riscos que o intervencionismo poderia oferecer às garantias individuais.

Stolleis (1993, pp. 13-14) também destaca a relativa perda de importância, na era do Estado Interventor, do conceito de ato administrativo e o crescente interesse na construção de um regime jurídico administrativo fundado na imagem do “interesse público” e a partir de um procedimento administrativo. O autor realça os esforços da dogmática do direito administrativo em reajustar seus institutos para além do “velho” liberalismo e com vistas à nova realidade do Estado industrial.

Essas transformações no direito público vão repercutir para além da Europa, encontrando eco também no Brasil.

É, em meio a este contexto histórico e teórico, a partir das peculiaridades brasileiras obviamente, que o nome do jurista Themistocles Cavalcanti se localiza. Cavalcanti apareceu no cenário nacional justamente após a Revolução de 1930, quando compôs a Comissão do Itamarati (1933), um grupo de juristas e políticos nomeados pelo Presidente da República para elaborar o projeto da nova Constituição.

Nos anos seguintes, o jurista construiu uma promissora carreira. Assumiu cargos públicos importantes (Procurador Geral da República, Procurador da República no Distrito Federal, Consultor Geral da República, Diretor da Faculdade Nacional de Ciências Econômicas - RJ, chegando a ser nomeado Ministro do STF em 1967), mas principalmente elaborou uma vasta doutrina em direito administrativo, constitucional e ciência política, sendo lembrado nos manuais da matéria como um dos principais nomes do direito administrativo pátrio. (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 145)

Em seu discurso de abertura do I Congresso Brasileiro de Direito Administrativo (Curitiba/PR) no ano de 1975, evento sob sua presidência, Themistocles registrou sua impressão sobre o trabalho administrativista até aquela data. O autor afirmou que naquela etapa da história (1975) era possível dizer que existia um direito administrativo



brasileiro, que no Império teve grandes obras doutrinárias, que na Primeira República foi esquecido, mas que ganhou impulso no pós-30.<sup>32</sup>

Disse ele que esse impulso poderia ser explicado pelo “*necessário intervencionismo estatal*” que abriu espaço para novos capítulos nesse ramo do direito público. Não obstante o importante papel desempenhado pelas leis, Cavalcanti enfatizou a grande importância da doutrina administrativista como meio de racionalização, modernização e adaptação do direito.

Logo, a proposta desta pesquisa é analisar a contribuição desse jurista para o direito administrativo e constitucional em uma época de sensíveis transformações.<sup>33</sup> O propósito é investigar como Cavalcanti lidou no âmbito conceitual do direito administrativo e constitucional, a partir do projeto de construção de um Estado Interventor (desenvolvimentista), onde o direito público, como de regra, teve uma importância estratégica, e como o jurista influenciou o cenário jurídico e político nacional. Assim sendo, o trabalho também visa prestar uma contribuição aos estudos acerca da institucionalização do pensamento juspublicista no Brasil.

As relações entre o direito público e os regimes políticos e econômicos não são necessariamente lineares. O direito administrativo e o constitucional até podem assumir conceitos, formas institucionais, garantias etc., a partir de regimes mais autoritários ou mais

---

<sup>32</sup> Em entrevista, Cavalcanti chegou a afirmar que “*Não existe Direito Administrativo no Brasil. Então, eu planejei o Direito Administrativo de 30, o novo Direito Administrativo.*”

<sup>33</sup> É comum o nome de Themistocles aparecer mais associado ao direito administrativo. Pouco se fala do autor como um “constitucionalista”. Ocorre que na época, e ainda hoje, diga-se de passagem, não havia uma distinção clara entre administrativo e constitucional. Nos livros de direito administrativo, nomeadamente nos manuais, havia longos capítulos iniciais sobre temas constitucionais e de ciência política (v.g. separação de poderes, federalismo, formas de governo). A própria temática da pesquisa (Estado interventor) transcende ao direito administrativo, abrangendo temas diretamente relacionados com o direito constitucional. Por isso, a opção por analisar também o aspecto constitucional da obra do autor. Contudo, esta análise não será sistematizada dividindo a obra de Themistocles em duas, até porque, os temas aparecem mesclados. Porém, é possível afirmar, e isso será demonstrado no decorrer da pesquisa, que Themistocles era um autor preocupado com a autonomia do direito administrativo.

democráticos, mas, não raro é possível encontrar conceitos e institutos que operaram (e operam) independentemente do modelo político.<sup>34</sup>

Ante aos diferentes contextos é preciso investigar as marcas que ficaram na cultura jurídica administrativa e constitucional. Investigar como os diferentes regimes produziram conceitos e instituições que operaram em ambientes autoritários e permaneceram nos regimes democráticos, mesmo que não integrando os textos constitucionais, mas presentes nas discussões doutrinárias à margem da constituição.

Assim sendo, ante a instabilidade política do período e as dificuldades em se reformular e se implantar um Estado interventor necessário ao projeto desenvolvimentista é preciso analisar de que maneira Themistocles Cavalcanti lidou com a cultura jurídica e política de sua época e como os impactos das propostas econômicas e políticas dos anos pós-30 sob o Estado brasileiro serão acomodados na doutrina a partir do olhar de Cavalcanti. Daí porque as perguntas centrais do presente trabalho são:

- a) Como o jurista compreendeu o significado do “Estado Interventor”?
- b) Quais os referenciais teóricos a partir dos quais o autor pensou e adaptou conceitos e instituições do direito administrativo e constitucional ante a emergência deste modelo de Estado?
- c) Quais foram as transformações sentidas no direito público e como Cavalcanti lidou com elas?
- d) Até que ponto as ideias de Cavalcanti foram inovadoras ou simplesmente reproduziram um determinado contexto doutrinal da época?
- e) Por fim, como o autor procurou adaptar sua carreira ante a instabilidade política daquelas décadas e em que medida estas adaptações se refletiram em sua obra?

Como visto, o período estudado é marcado por incertezas ante as diversas rupturas institucionais (1930/1934/1937/1946). Sendo assim, para fins de organização das fontes é aconselhável analisar a obra do autor a partir desses períodos e avaliar o pensamento de Cavalcanti ante as diferentes circunstâncias.

---

<sup>34</sup> Vide BERCOVICI, Gilberto. *“O direito constitucional passa, o direito administrativo permanece”*: a persistência da estrutura administrativa de 1967. In. **O que resta da ditadura: a exceção brasileira**. (Orgs). Edson Teles e Vladimir Safatle. São Paulo: Boitempo, 2010, pp. 77-90.

O objetivo é verificar as mudanças (e continuidades) no pensamento do autor, relacionando-as com as novas referências teóricas, as alterações no quadro político do país e as redes em que ele estava inserido. O quadro geral vivido por Cavalcanti é de instabilidade política, econômica e institucional: revolução, constitucionalização, autoritarismo/corporativismo, mudança da estrutura do Estado (de liberal para desenvolvimentista). Em meio a este ambiente, a “disputa” conceitual é um dado importante para a compreensão histórica, “disputa” que se dará nos círculos econômicos, políticos e jurídicos.<sup>35</sup>

Nesse sentido, a produção doutrinária de Cavalcanti parece ser uma importante fonte. Buscar-se-á analisar como o autor reage às contingências políticas e econômicas e como ele procura influenciar a construção do direito público brasileiro no contexto de construção do Estado nacional desenvolvimentista. A pesquisa sugere que Themistocles Cavalcanti foi um doutrinador importante do direito administrativo e constitucional, nomeadamente em uma perspectiva “modernizante” em direção a um modelo jurídico de viés econômico repensado a partir da proposta de um Estado interventor e, que, com o tempo, passou a incluir novos temas voltados à regulação econômica e social, o que insere o autor em um dos estágios iniciais do direito público econômico no Brasil.

A proposta de estudo é analisar esse viés “intervencionista” dentro da obra de Cavalcanti, o que pode ser feito confrontando-o com seus possíveis interlocutores. O período estudado engloba juristas importantes, tais como Oliveira Vianna, Francisco Campos, Victor Nunes Leal, Bilac Pinto, Castro Nunes, Seabra Fagundes, dentre outros; alguns com um perfil político “panfletário” assumindo abertamente o apoio aos regimes, outros nem tanto. Cavalcanti não era um ser isolado, mas um personagem que surge no cenário doutrinal no pós-30 e vai se manter como um autor de referência, não obstante as mudanças nos regimes políticos. Lidamos com um jurista com ampla inserção social, que ocupou cargos públicos de destaque nos diferentes períodos de ruptura.

---

<sup>35</sup> “Foi Pocock, mais do que todos, que ensinou minha geração a pensar a história da teoria política não como o estudo de supostos textos canônicos, mas sim como uma investigação mais abrangente das linguagens políticas em transformação nas quais as sociedades dialogam com elas mesmas. [...] O que é possível fazer em política é geralmente limitado pelo que é possível legitimar.” (SKINNER, 1999, pp. 85-86)

Em que pesem suas preferências ideológicas (que não são sempre claras), Cavalcanti foi hábil em se adaptar aos diferentes contextos políticos adotando um tom moderado, engajado em traduzir as mudanças políticas e econômicas para o interior da linguagem técnica do direito administrativo e constitucional.

Portanto, ante aos problemas colocados, sugerem-se como hipóteses de trabalho a serem testadas:

- a) Para Cavalcanti o conceito de Estado interventor era uma “*imposição dos fatos*”. Não se tratava de uma escolha política, mas de um modelo necessário ante a modernização do Estado e que deveria ser adequadamente formulado e aplicado a partir de dados técnicos e longe de discussões ideológicas;
- b) Diante das diferentes propostas intervencionistas, Cavalcanti adota como referenciais teóricos o corporativismo durante o Estado Novo, e os modelos norte-americanos e ingleses durante a redemocratização. Procura manter-se fiel à sua “tradição liberal”, mas solícito às novidades da proposta intervencionista. Dessa forma, mantém alguma proximidade com os “antigos” liberais sem, no entanto, se distanciar dos “modernos” intervencionistas;
- c) Uma das alterações favorecidas pelo Estado de perfil interventor serão as delegações legislativas. O jurista será um permanente defensor das delegações legislativas ampliando os poderes normativos do Executivo, independentemente das disposições constitucionais. Dentre os diferentes argumentos, Cavalcanti sustentará as delegações a partir de imperativos de ordem técnica e como relevantes instrumentos voltados à intervenção estatal;
- d) As ideais e os referenciais teóricos usados por Cavalcanti reproduzem as principais tendências jurídicas da época, não sendo possível afirmar que o jurista foi um inovador. Entretanto, ele soube lidar com os desafios em traduzir as transformações sociais para o interior do direito público, através da importação e adaptação de conceitos; e
- e) É difícil afirmar, em vista de toda a sua obra, quais foram as transformações operadas em suas ideias políticas e jurídicas. Entretanto, a despeito dos diferentes momentos constitucionais, é possível perceber que o autor manteve certa linha de coerência em sua defesa das delegações legislativas e do corporativismo.

É difícil afirmar, em vista de toda a sua obra, quais foram as transformações operadas em suas ideias políticas e jurídicas. Entretanto,

é razoável sustentar que o jurista, em suas ideias centrais no plano do direito público, manteve-se coerente nas sucessivas décadas.

O presente trabalho será dividido em três partes.

No primeiro capítulo será estudada a trajetória de Themistocles Cavalcanti. Não se trata propriamente de uma análise prosopográfica, mas sim de um esforço em apresentar e contextualizar o jurista a partir de suas origens familiares, formação acadêmica, percurso profissional e suas redes sociais. Outrossim, serão estudados alguns “tipos ideais” de juristas (Seelaender), bem como modelos de análise (Lynch) e ideologias da época (Silva). Não se trata de um “enquadramento”, uma classificação hermética de Cavalcanti, mas sim do uso de ferramentas teóricas a fim de contribuir para a melhor compreensão das fontes.

No segundo capítulo serão analisados o contexto linguístico e o quadro de conceitos de alguns juristas contemporâneos a Cavalcanti. O objetivo deste capítulo será mostrar que os autores dialogam, mesmo que tacitamente, com um universo linguístico e conceitual que os circunda, ao mesmo tempo limitando e possibilitando as propostas teóricas. A análise deste contexto é útil na tentativa de avaliar o grau de inovação ou simplesmente reprodução das ideias defendidas por Cavalcanti. A partir da problemática da pesquisa serão estudadas diferentes fontes produzidas naquele contexto, tais como artigos jurídicos, pareceres e manuais.

Os autores selecionados são personagens citados por Cavalcanti (Francisco Campos e Djacir Menezes) e juristas considerados de projeção naquele momento histórico (Victor Nunes Leal e Bilac Pinto). Também se procurou identificar autores que fossem comprometidos com os regimes políticos e outros que, em tese, fossem menos “engajados”. O objetivo não é fazer uma ampla investigação da cultura jurídica da época, mas recolher elementos que mostrem o contexto linguístico e conceitual que circundava Cavalcanti quando da elaboração de suas obras.

Por fim, no terceiro capítulo a obra doutrinária do jurista será estudada a partir da problemática da pesquisa, testando-se as hipóteses levantadas. Inicialmente serão tratados temas satélites do problema, tais como a visão do autor sobre a história do direito no Brasil, sua leitura sobre o conceito, as fontes do direito administrativo e sua relação com os demais ramos jurídicos, a dicotomia “moderna” entre direito público e privado e principalmente a percepção do jurista, a partir de diferentes épocas, sobre o conceito e alcance do Estado interventor. Após, será investigada a contribuição doutrinária de Cavalcanti a respeito de uma das transformações operadas pelo Estado Interventor: as delegações

legislativas. Neste ponto as fontes serão separadas de acordo com o modelo constitucional da época a fim de avaliar suas eventuais continuidades e rupturas.

## 2. UM PERFIL E UMA TRAJETÓRIA: THEMISTOCLES CAVALCANTI

O objetivo deste capítulo será apresentar o jurista Themistocles Brandão Cavalcanti, sua origem familiar, trajetória profissional, conexões políticas, produção intelectual e a opinião do jurista frente a alguns temas que marcaram sua trajetória. Não se trata propriamente de um empreendimento prosopográfico<sup>1</sup>, embora possa servir a futuras pesquisas nesse sentido. A utilidade deste capítulo é lançar luzes à trajetória de vida do autor a fim de subsidiar os capítulos seguintes.

Como fontes principais, foram adotadas o verbete dedicado ao autor no Dicionário Histórico-Biográfico Brasileiro (DHBB) do CPDOC-FGV (<http://cpdoc.fgv.br/acervo/dhbb>), a biografia do jurista no *site* do Supremo Tribunal Federal – STF (<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=105>), a homenagem feita no Tribunal de Contas na União – TCU em comemoração ao centenário de nascimento de Cavalcanti (Ata 46 de 20.10.1999) (<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2049660.PDF>) e as três entrevistas que o jurista concedeu ao programa de História Oral do CPDOC-FGV, na cidade do Rio de Janeiro, em julho de 1975 (<http://www.fgv.br/cpdoc/busca/Busca/BuscaConsultar.aspx>). Todas serão, aqui, objeto de leitura crítica.

### 1.1. ORIGEM FAMILIAR

Themistocles Brandão Cavalcanti nasceu em Copacabana, Rio de Janeiro, em 14.10.1899. O pai de Cavalcanti (Vital Brandão Cavalcanti), florianista, foi aluno da Escola Militar, formado no apostolado

---

<sup>1</sup> A prosopografia é um método de pesquisa, usado, sobretudo, no estudo das elites políticas, que consiste na investigação das características comuns de um grupo de atores históricos por meio do estudo coletivo de suas vidas. Sua finalidade é estabelecer um universo a ser estudado e assim definir um conjunto de pontos de uniformidade, tais como origem familiar, posição econômica, religião, exercício de cargos públicos, etc. Tais pontos são justapostos e confrontados entre os indivíduos do universo selecionado visando a definir as variáveis relevantes, que por sua vez são usadas para se encontrar correlações que possam explicar comportamentos políticos e sociais. Trata-se de uma ferramenta para compreender as origens da ação política e a estrutura e a mobilidade de setores da sociedade. Sobre o método prosopográfico vide STONE, Lawrence. *Prosopografia*. Trad. Gustavo Biscaia de Lacerda e Renato Monseff Perissinotto. In. **Revista de Sociologia e Política**. Curitiba, v. 19, n. 39, pp. 115-137, jun. 2011.

positivista da época. Vital tornou-se oficial da marinha, engenheiro naval especialista em máquinas. Por conta do trabalho de seu pai, Themistocles morou na Inglaterra e na França, onde teve parte de sua formação educacional em Paris, no colégio jesuíta São Luiz Gonzaga. Cavalcanti teve três irmãos (dois rapazes e uma moça). Sua irmã foi casada com o militar e líder tenentista Delso Mendes da Fonseca, com quem Cavalcanti firmou estreita amizade.

O pai de Cavalcanti era agnóstico e tolerante, não se imiscuindo na formação religiosa dos filhos, que ficou a cargo da mãe do autor (Elisa Brandão Cavalcanti), uma católica fervorosa.

Em sua família, seus parentes mais próximos, é possível encontrados embaixadores, almirantes, generais, advogados, juízes, médicos, barões bem como ministros do Supremo Tribunal (seu bisavô). Cavalcanti dizia que sua linhagem nunca se envolveu ou teve tradição na política, sendo ele o primeiro a ser deputado, atividade que perdurou por pouco tempo. O jurista afirmava que tinha *“horror à política, esse negocinho de blá, blá, blá”* (E44, Parte 1, p. 13).

Segundo o jurista, sua família era de classe média e nunca teve fortuna. Seu pai era natural de Pernambuco e seu avô fora Juiz de Direito, havendo um tio desembargador no Rio de Janeiro. A família de sua mãe era do Maranhão (família Aranha) e seu bisavô era do Ceará. Graça Aranha era tio de Cavalcanti, com quem tinha estreita relação (*“como se fosse filho dele”*, E-44, Parte 2, fl. 03), e Themistocles da Graça Aranha, avô por parte materna, foi diretor do jornal *O país* (principal jornal governista da Primeira República) e construiu sólida carreira diplomática.

Cavalcanti contraiu núpcias em 1926, com Maria das Dores de Barros, da família Barros Barreto de Pernambuco. Enviuvou em 1952, casando-se novamente em 1957 com Maria da Graça Guanabara Sampaio, filha do embaixador Sebastião Sampaio e neta do político e jornalista, Alcindo Guanabara. Teve quatro filhos (dois casais) do primeiro matrimônio, um dos filhos era engenheiro naval e o outro advogado. Uma das filhas casou-se com um engenheiro e a outra com um oficial da marinha.

Faleceu no Rio de Janeiro em 19 de março de 1980.

## 1.2. FORMAÇÃO E TRAJETÓRIA PROFISSIONAL

Themistocles Brandão Cavalcanti nasceu no Rio de Janeiro e não ingressou na Escola Naval, haja vista o seu fechamento, mas também em razão de sua assumida inabilidade com a matemática. Optou pelo



curso de Direito no ano de 1918, ingressando na Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Rio de Janeiro, vindo a se formar em 27.12.1922.

Durante a faculdade se interessava por direito civil e constitucional, porém seus estudos fundamentais eram em civil. Das cadeiras do curso de direito, a que menos o autor tinha afinidade era a de direito administrativo; fez todo o curso com distinção, exceto nessa disciplina. Aproximou-se do direito administrativo por força das circunstâncias quando foi trabalhar na Procuradoria e, a partir de então, começou a escrever sobre o tema, chegando a afirmar:

Não existe Direito Administrativo no Brasil. Então, eu planejei o Direito Administrativo de 30, o novo Direito Administrativo. Fiz um esquema geral, com autarquias, coisas que não existiam antes, um troço completamente novo. Esse esquema é mantido até hoje (sic). (E-44, Parte 2, fl. 38)

De 1922 a 1930 advogou na defesa de militares envolvidos no movimento tenentista, compartilhando o escritório com Nilo Peçanha. Anteriormente trabalhou por curto período no Diário Carioca. Em 1924, durante o estado de sítio no governo Arthur Bernardes, chegou a ser preso por sua atuação na defesa de alunos da Escola Militar do Realengo/RJ, que foram expulsos e sujeitos a pena disciplinar ou mesmo processo criminal ante a revolta de 05.07.1922. Advogou também para oficiais que participaram dos eventos de 1922 (Forte de Copacabana).

Além dos cadetes e tenentes de 1922, Cavalcanti defendeu os revolucionários paulistas de 1924, estreitando os laços com o Conselheiro Antônio Prado. Participou da fundação do Partido Democrático (PD) de São Paulo (1926).

Teve uma longa e importante carreira como doutrinador do direito administrativo e constitucional, bem como ocupou importantes cargos públicos. Sua carreira jurídica se destaca no pós-1930, quando aderiu à Aliança Liberal alistando-se nas forças armadas de Minas Gerais; vitorioso o movimento, foi nomeado, em dezembro de 1930, como Procurador do Tribunal Especial. Posteriormente apoiou os setores tenentistas, tendo sido, inclusive, o primeiro secretário e um dos co-fundadores do *Clube 3 de Outubro*.

Em fevereiro de 1931, os principais líderes do movimento tenentista criaram o *Clube 3 de outubro* (data em homenagem ao dia da Revolução de 1930) com o intuito de divulgar as propostas do grupo. A primeira diretoria era composta por Góes Monteiro (presidente), Pedro

Ernesto (primeiro vice-presidente), Herculino Cascardo (segundo vice-presidente), Oswaldo Aranha (terceiro vice-presidente), Augusto do Amaral Peixoto (tesoureiro), Themistocles Cavalcanti (primeiro secretário) e Hugo Napoleão (segundo secretário). Em seu programa o *Clube* criticava o federalismo oligárquico de outrora, defendia o prolongamento do governo provisório com o adiamento da reconstitucionalização do país, um governo central forte, a intervenção estatal na economia, a representação corporativa e a nacionalização de atividades econômicas (transportes, recursos hídricos e minerais, portos, etc.). Por influência do *Clube* vários tenentes foram nomeados interventores federais nos estados. O *Clube* foi extinto por iniciativa própria em abril de 1935. <  
<http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/FatosImagens/Clube3Outubro>>, acesso em 21.08.14.<sup>2</sup>

Tais dados demonstram que, na virada para a Segunda República, Cavalcanti possuía um relevante grau de influência e atuação política.

Extrai-se das fontes uma relação de proximidade entre Cavalcanti e os principais líderes tenentistas. No entanto, o autor, em entrevista, afirmou que sua relação com os tenentes era de advogado e, posteriormente, de amizade e não político-partidário, ou seja, seu vínculo teria sido estritamente jurídico-profissional e não ideológico. Afirmou que, como advogado, não se interessava pelos objetivos da revolução, muito embora assumisse que estava descontente com a situação política da época e que se via como um revolucionário. Entretanto, como já informado, lutou ao lado dos tenentes na Revolução de 1930. Dessa forma, a despeito dos seus protestos de desinteresse pela política, é possível sustentar que o jurista foi, mesmo que implicitamente, um tenentista.

---

<sup>2</sup> Sobre os tenentes e o Clube: “Os tenentes, os mais influentes defensores da mudança social e econômica dirigida pelo Estado, nunca tinham conquistado apoio popular. Eram manipuladores que tiveram acesso a Vargas e seus conselheiros políticos nos dois anos que se seguiram a 1930, e com isso conseguiram dar o tom da discussão sobre muitas questões sociais e econômicas. Depois de 1932, entretanto, perderam muito da coesão inicial, e mais tarde apenas os tenentes que Vargas escolhia para usar em seu governo tinham influência. [...] Noutros lugares Carone mostrou que, apesar de serem desorganizados, e não terem ‘ideologia definida’, os tenentes exerceram importante influência” (SKIDMORE, 2010, pp. 52-53; 403). Também sobre a ideologia tenentista, o Clube 3 de outubro e os altos e baixos do tenentismo no pós-30, vide FORJAZ, Maria Cecília Spina. **Tenentismo e forças armadas na revolução de 30**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

Outrossim, é razoável compreender que os laços tenentistas de Cavalcanti favoreceram a simpatia do jurista por novidades estrangeiras e vice-versa. Ou seja, sua proximidade com o movimento tenentista abriu a oportunidade para que Cavalcanti pudesse transitar em um grupo emergente que tinha potencial de se fazer elite. Usar novidades políticas e jurídicas “vindas de fora” era, para Cavalcanti, uma estratégia voltada a afirmar e sofisticar projetos e argumentos defendidos pelos tenentes. Enquanto os assumidos tenentes seriam os homens de ação, Cavalcanti poderia ser um dos homens de reflexão do movimento.

Tanto que Cavalcanti, inclusive, veio a criticar algumas interpretações do tenentismo, sobretudo aquelas que emprestavam um contorno marxista ao movimento (a seu ver, as obras de Virgínio Santa Rosa e de Edgar Carone).<sup>3</sup> Ao identificar Luiz Carlos Prestes como um líder tenentista, Carone teria confundido os acontecimentos históricos, já que - segundo Cavalcanti -, Prestes era um “antitenentista”.<sup>4</sup>

Segundo Cavalcanti o tenentismo foi:

[...] inicialmente burguês, os seus objetivos visavam o cumprimento de uma ordem social estabelecida sem qualquer idéia de contrariar as instituições. Foi só mais tarde, com a presença dos tenentes no poder, que surgiu a necessidade de encarar de frente a renovação da ordem constitucional. [...] Em suas origens mais remotas o tenentismo foi um movimento liberal e democrático provocado pela falsa aplicação do nosso regime político e a violação continuada dos nossos princípios constitucionais. [...] A transformação do movimento tenentista foi tipicamente idealista e pereceu diante da

---

<sup>3</sup> Tais críticas foram feitas em artigo publicado no ano de 1978. Entre os temas tratados Cavalcanti claramente procura oferecer suas interpretações sobre eventos do passado que poderiam de alguma forma repercutir negativamente em sua imagem de jurista “técnico”. Vide CAVALCANTI, Themistocles. *Tópicos de uma história política*. In: **Revista de Direito Público e Ciência Política**. Vol. 21. n.º 03. Jul/Set. Rio de Janeiro: 1978b.

<sup>4</sup> “As interpretações dos autores citados visam construir uma ideologia que está longe de representar a realidade dos fatos tal como presenciamos desde as suas origens. O tenentismo de Luiz Carlos Prestes era a negação do pensamento daqueles que constituíram o tenentismo ativo desde 1922.” CAVALCANTI, Themistocles. *Tópicos de uma história política*. In: **Revista de Direito Público e Ciência Política**. Vol. 21. n.º 03. Jul/Set. Rio de Janeiro: 1978b.

realidade. Querer transformar uma estrutura política, e principalmente o comportamento dos políticos, é tarefa que não cabe numa geração (CAVALCANTI, 1978b, p. 03).

Cavalcanti ocupou os seguintes cargos e integrou as seguintes comissões: Procurador do Tribunal Especial (1930);<sup>5</sup> Procurador da

---

<sup>5</sup> Tribunal criado pelo governo provisório por meio do Decreto 19.440/1930 para julgar antigos agentes (políticos ou não) da república velha. Cavalcanti, baseado no relatório final das sindicâncias, declarou à imprensa do Rio de Janeiro que não havia provas para afirmar a desonestidade do ex-presidente Washington Luis. O Tribunal Especial foi extinto em março de 1931 e Cavalcanti elaborou um projeto para transformá-lo em Junta de Sanções, que foi instalada em abril do mesmo ano, composta por três juízes ministros de Estado: Oswaldo Aranha (Justiça), Gal. José Leite de Castro (Guerra) e Francisco Campos (Educação e Saúde). Ainda em 1931 elaborou outro projeto de transformação da Junta em Comissão de Correição Administrativa, que foi criada em setembro de 1931. Essa comissão abandonou os processos políticos e concentrou-se na área administrativa. A justiça revolucionária, por meio da sucessão desses três órgãos, instaurou mais de trezentos processos. <<http://www.fgv.br/cpdoc/busca/Busca/BuscaConsultar.aspx>>, acesso em 02.09.2014. Sobre sua atuação nesses tribunais, Cavalcanti teve considerações em artigo publicado em 1978, destaco alguns excertos: “[...] *os próprios objetivos da justiça revolucionária eram imprecisos, porque ela não excluía os objetivos políticos e cogitava essencialmente da punição dos que possivelmente se teriam locupletado com os dinheiros públicos. A imprecisão dessa finalidade e a formulação post factum desses delitos dificultavam muito a aplicação a fatos anteriores não qualificados como criminosos. Não me arrependi de ter participado de três tribunais como procurador. Nem sequer a minha pouca idade e inexperiência justificariam o meu arrependimento que, como já disse, não existiu. O efeito da criação desses tribunais foi, antes de tudo, moral, e constituiu uma importante documentação sobre fatos anteriores a 1930. Para a história, fiz esse pequeno relato do que foi a justiça revolucionária. A ela não se pode fazer as mesmas acusações que sucederam ao tribunal de Nurembergue (sic), embora ainda reconheça a legitimidade daquele tribunal, cujos excessos passarão, também, à história. [...] A organização da justiça revolucionária e a escolha de seus membros obedeceram a uma inspiração idêntica àquela que motivou a própria composição do Governo, quer dizer, a organização de um tribunal constituído de pessoas qualificadas entre os próceres da Revolução e que tivessem o seu espírito. [...] constituído por homens imbuídos da vontade de ver imposto ao País um regime de liberdade, fundada na prática da democracia, e do propósito bem marcante de ver reformados os costumes políticos e as práticas administrativas então vigentes. [...] um tribunal constituído por*

Junta de Sanções (1931); Procurador da Comissão de Correição Administrativa (1931); Procurador da República (1931-1932); Membro da Comissão Consultiva do DF (1932);<sup>6</sup> Membro da Comissão Elaboradora do Anteprojeto da Constituição de 1934, do Itamarati (1933); Procurador da República no DF (1938-1945); Consultor-Geral da República (1945-1946; 1955); Procurador-Geral Eleitoral (*ad hoc* por diversas vezes e efetivo em 1946) e Procurador-Geral da República (1946-1947); Presidente da Comissão de Tarifas do Serviço Público e da Comissão Revisora do Código Rural (1945).<sup>7</sup>

Em 1950 foi nomeado para o Conselho Técnico da Confederação Nacional do Comércio (CNC), cargo que exerceu por 30 anos. Em 1960 foi eleito deputado à Assembleia Constituinte da Guanabara pela legenda da União Democrática Nacional (UDN). Após a promulgação da Constituição exerceu o mandato ordinário até 1961, quando renunciou.<sup>8</sup>

---

*homens da classe média, homens de boa tradição jurídica e política. [...] eu mesmo, ainda moço, já com uma tradição liberal, advogado que sempre fui de causas liberais. [...] Não foi brilhante a atuação da Junta de Sanções [...] Esta amadurecia no sentido de uma evolução de seu conceito: de repressivo, de aplicador de sanções para um outro, de revisão administrativa, [...] Eu, pessoalmente, nunca dei importância às críticas ou louvores feitos ao tribunal revolucionário. [...] fazia parte de um tribunal revolucionário e procurava exercer as minhas funções dentro de critérios que havia estabelecido. Não tinha interesse político nenhum. O meu interesse era fazer justiça e cumprir uma tarefa, que para mim, como moço que era, se destinava a servir de orientação a minha vida futura. [...] O que se exigia era uma modernização e uma reformulação nova de conceitos políticos, administrativos e econômicos. [...] Não me arrependi de nela ter trabalhado. Tarefa honesta de jovem idealista e que não me trouxe lucro, mas muito sacrifício, muita calúnia, muita injustiça. Mas era de se esperar.”* (CAVALVANTI, 1978b, p. 4; 5; 6; 7)

<sup>6</sup> Nomeado por Pedro Ernesto, prefeito do Rio de Janeiro e amigo pessoal de Cavalcanti. O objetivo da comissão era dar pareceres sobre os projetos de decretos-leis elaborados pelo prefeito.

<sup>7</sup> < <http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=105>>, acesso em 23.08.2014.

<sup>8</sup> Em 1960, quando houve a mudança da Capital Federal, o atual Distrito Federal passou a integrar a federação como Estado da Guanabara. Para tanto, foi convocada uma assembleia constituinte (poder constituinte derivado-decorrente), a fim de se confeccionar a constituição do novo estado-membro. Vide Lei 3.752/1960.

Em 1966 fez parte da comissão especial de juristas nomeada pelo marechal Castelo Branco visando à elaboração de um novo projeto constitucional. Encaminhado ao Congresso Nacional.

Foi ministro do STF durante a ditadura militar, sendo indicado para o cargo pelo então General de Exército Arthur da Costa e Silva, ante a aposentadoria do Ministro Hahnemann Guimarães, cargo que exerceu de 18.10.1967 a 14.10.1969 (aposentadoria compulsória por idade), mantendo-se na Corte mesmo após o expurgo de 1968.<sup>9</sup> Na qualidade de Ministro do STF integrou a “comissão constitucional de alto nível” nomeada por Costa e Silva em 1968 com o intuito de elaborar emendas à recente Carta de 1967, reforçando o poder central e o Executivo, bem como legitimando medidas autoritárias do regime.

Dessa trajetória destaca-se a atuação de Cavalcanti no “Caso Mamede”. Cavalcanti foi nomeado para o cargo de Consultor-Geral da República em 1955 pelo então Presidente da República Café Filho, sob indicação de Prado Kelly (jurista assumidamente udenista).<sup>10</sup> Em

---

<sup>9</sup> Durante sua atuação no STF, vale destacar o HC 45.232/Guanabara de fevereiro de 1968, sob a relatoria de Cavalcanti, em que o tribunal efetuou uma operação de controle de constitucionalidade digna de nota entre as realizadas no período de ditadura militar pós-64. Por meio desse HC questionou-se a constitucionalidade do artigo 48 da Lei de Segurança Nacional (Decreto-lei nº 314, de 1967). Cavalcanti se baseou na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana para declarar a inconstitucionalidade do dispositivo legal. Sua argumentação funda-se em dois posicionamentos básicos. O primeiro, que era possível declarar a inconstitucionalidade de uma norma mesmo quando ela não violasse dispositivo literal da Constituição (“*Não é preciso que esteja expressa a garantia, basta que ela decorra do sistema político e do conjunto dos princípios expressos.*”). O segundo, que o direito à vida não era apenas o de não ser morto, mas também o de ter condições de manter a própria sobrevivência. Essa decisão é importante, pois é uma das poucas em que o STF se contrapôs claramente a um ato da ditadura militar com base na lei de segurança nacional. Vale registrar que na época não havia o AI-5, depois dele as coisas mudaram de figura. Sobre as transformações do STF e do controle de constitucionalidade durante a ditadura militar, vide KOERNER, Andrei. Sobre a “evolução do Controle da Constitucionalidade no Brasil”: uma análise crítica. In. FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **As formas do direito: ordem, razão e decisão**. Curitiba: Juruá, 2013.

<sup>10</sup> O governo instaurado após o suicídio de Getúlio Vargas (“*vicariato udenista*”, Benevides, 1981, p.54) era dominado por integrantes da UDN (União Democrática Nacional), principal partido político antigetulista. Nesse sentido: “*Ainda assim, o governo de João Café Filho, vice-presidente de Getúlio e seu substituto, foi em grande parte controlado por antigetulistas. Os*

novembro daquele ano, Café Filho foi afastado da presidência da República por motivos de saúde, sendo substituído por Carlos Luz, então Presidente da Câmara dos Deputados. No mesmo dia o general Henrique Lott (Ministro da Guerra) reiterou a Luz a necessidade de se dar uma solução ao “Caso Mamede”, um incidente provocado pelo coronel Jurandir Mamede, que em discurso público afirmara que Juscelino Kubitschek e João Goulart, eleitos presidente e vice-presidente da República no mês anterior, não poderiam tomar posse. A pretensão de Lott era aplicar a Mamede uma sanção militar disciplinar.<sup>11</sup>

Carlos Luz pediu parecer ao Consultor-Geral da República e o parecer de Cavalcanti foi no sentido de que Mamede, nomeado pelo Presidente da República para exercer cargo de assistente da Escola Superior de Guerra - ESG, gozava de um “*status especial*”, estando sob jurisdição disciplinar da própria escola e do Presidente da República. Por não estar submetido a nenhum ministério, o Ministro Lott não podia aplicar a sanção pretendida (vide parecer 185-X, CAVALCANTI, 1955a).<sup>12</sup>

Lott pediu exoneração do cargo, mobilizou setores importantes do Exército, e em 11 de novembro, o Congresso Nacional declarou o impedimento de Carlos Luz sob a acusação de envolvimento numa conspiração que visava a impedir a posse de JK. Durante a tarde o vice-

---

*ministros de Estado, os presidentes de autarquias e os ocupantes de cargos de confiança ligados ao PTB e ao PSD foram imediatamente substituídos por elementos próximos à UDN e aos partidos menores, defensores das posições udenistas, ou por pessoas sem vínculos partidários. Assim, com exceção praticamente dos ministros da Justiça, o jurista Miguel Seabra Fagundes, e da Guerra, o general Henrique Teixeira Lott — escolhido para o cargo por não estar ligado a nenhuma das duas alas rivais do Exército —, a maior parte dos ministros de Café Filho, como o brigadeiro Eduardo Gomes, da Aeronáutica, o almirante Edmundo Jordão Amorim do Vale, da Marinha, Raul Fernandes, das Relações Exteriores, e Eugênio Gudin, da Fazenda, eram homens mais ou menos ligados à UDN”. <[www.cpdoc.fgv.com.br](http://www.cpdoc.fgv.com.br)>, acesso em 02.09.2014*

<sup>11</sup> Jurandir de Bizarria Mamede teve intensa atuação política a partir dos anos 1930 e participou de quase todos os golpes ocorridos no Brasil, de 1945 em diante. É um legítimo espécie de militar golpista. Vide <<http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/jurandir-de-bizarria-mamede>>, acesso em 22.4.2016.

<sup>12</sup> CAVALCANTI, Themistocles. **Pareceres do Consultor Geral da República**. Vol. 1, maio-julho de 1955. Rio de Janeiro: Coelho Branco, 1955a. Note-se que a ESG representava um órgão diferenciado dentro da estrutura do Estado.

presidente do Senado, Senador Nereu Ramos, assumiu interinamente a presidência da República e, em 18 do mesmo mês, Cavalcanti deixou a Consultoria-Geral. Em 21 de novembro Café Filho, restabelecido após um infarto, foi impedido pelo Exército de retornar ao Catete, tendo o Congresso Nacional decretado o estado de sítio solicitado pelos ministros militares. Café Filho impetrou no STF um mandado de segurança (3.557/DF) e um habeas corpus (33.908/DF), mas ambos foram indeferidos.<sup>13</sup>

Falando sobre o “Caso Mamede”, Cavalcanti disse em entrevista que era amigo pessoal de Carlos Luz, mas não sofreu influência política em seu parecer que, segundo o jurista, teria sido estritamente técnico. O documento, segundo Cavalcanti, não teve a menor importância política

---

<sup>13</sup> Digno de nota alguns excertos do voto do Ministro Nelson Hungria: *“Contra o fatalismo histórico dos pronunciamentos militares não vale o Poder Judiciário, como não vale o Poder Legislativo. [...] Ao declarar o impedimento do ilustre Senhor João Café filho, o Congresso não fez mais que reconhecer uma situação de fato irremovível dentro dos quadros constitucionais ou legais, qual a criada pelo imperativo dos canhões e metralhadoras insurrecionais que barravam e continuam barrando o caminho do Senhor João Café Filho até o Catete. [...] Qual o impedimento mais evidente, e insuperável pelos meios legais, do titular da Presidência da República, que o obstáculo oposto por uma vitoriosa insurreição armada? Afastado ‘o manto diáfano da fantasia sobre a nudez rude da verdade’, a resolução do Congresso não foi senão a constatação da impossibilidade material em que se acha o senhor Café Filho, de reassumir a Presidência da República, em face da imposição dos tanques e baionetas do Exército, que estão acima das leis, da Constituição e, portanto, do Supremo Tribunal Federal. [...] Contra uma insurreição pelas armas, coroada de êxito, somente valerá uma contra-insurreição com mais força. E esta, positivamente, não pode ser feita pelo Supremo Tribunal, posto que este não iria cometer a ingenuidade de, numa inócua declaração de princípio, expedir mandado para cessar a insurreição. Ai está o nó górdio que o Poder Judiciário não pode cortar, pois não dispõe da espada de Alexandre. O ilustre impetrante, ao que parece, bateu na porta errada. [...] A nossa espada é um mero símbolo. É uma simples pintura decorativa no teto ou na parede das salas da justiça. Não pode ser oposta a uma rebelião armada. Conceder mandado de segurança contra esta seria o mesmo que pretender afugentar leões autênticos sacudindo-lhes o pano preto de nossas togas. Senhor presidente, o atual estado de sítio é perfeitamente constitucional, e o impedimento do impetrante para assumir a Presidência da República, antes de ser declaração do Congresso, é imposição das forças insurrecionais do Exército, contra a qual não há remédio na farmacologia jurídica.”* (STF. MS 3.557/DF. Min. Nelson Hungria. Nov.1956)



no desencadear dos fatos que já estavam consumados em direção a um autêntico golpe, uma conspiração para dar posse a JK. (E-44, Parte 1, p. 39; 41-42; 43).<sup>14</sup> No entanto, é razoável compreender que tal documento foi usado por Carlos Luz, funcionando como o “estopim jurídico” do “antigolpe”.

No campo acadêmico Themistocles ajudou a fundar o Núcleo de Direito Público-FGV, no ano de 1947, e, em 1948, presidiu a Associação de Juristas Franco-Brasileira. Em 1952 o Núcleo de Direito Público se transformou em Instituto de Direito Público e Ciência Política e Cavalcanti permaneceu à frente do órgão até o final de sua vida, coordenando a *Revista de Direito Público e Ciência Política*. Ainda em 1952 foi admitido na Associação Internacional de Ciência Políticas (IPSA) em Haia, elegendo-se membro do conselho executivo para um mandato de oito anos (1952-1960). Em 1954 foi eleito para um mandato de quatro anos no conselho executivo da Associação Internacional de Ciência Sociais (Paris). Dirigiu a Sociedade Brasileira de Direito Aeronáutico em 1956.

Em 1956 e 1957 presidiu dois seminários latino-americanos de ciências sociais que deram origem ao Centro Latino-Americano de Ciências Sociais, do qual foi diretor de 1962 a 1965 e presidente em 1964.

Dirigiu a Faculdade Nacional de Ciências Econômicas da Universidade do Brasil (RJ) no período de 1945-1960, onde foi o titular da disciplina de Instituições de Direito Público. Foi membro do Conselho Universitário e de suas Comissões de Legislação e Orçamento (1946-1960) e do Conselho do Instituto de Ciências Sociais da Universidade do Brasil, ocupando a Presidência, em 1964.<sup>15</sup> Foi diretor do Instituto de Direito Público e Ciência Política da FGV. Também

---

<sup>14</sup> É possível sustentar que a “fuga para a técnica” e sua utilidade ocasional se mostram claramente no Caso Mamede. A insistência de Cavalcanti em dizer-se neutro, em falar em “*envelopes fechados*”, denota uma postura defensiva do jurista a fim de atenuar sua atuação nos fatos que permitiram ao Marechal Lott defender a legalidade preventivamente, pondo as Forças Armadas do seu lado com o discurso pró-hierarquia.

<sup>15</sup> Este é um dado relevante já que sugere que o autor exerceu influência na formação de quadros profissionais voltados à administração pública, levando em consideração a significativa presença de juristas como gestores da economia nacional (Celso Furtado, Roberto Campos, etc.). Entretanto, é possível constatar o fenômeno inverso, ante a atuação de economistas e administradores na formação do direito público, v.g. na elaboração do Decreto-lei 200/67. (SALINAS, 2010, p. 529-530)

lecionou na PUC/RJ e foi agraciado com o título de professor *honoris causa* pelas Universidades de Toulouse e Poitiers, bem como pela ESG (Escola Superior de Guerra), onde proferiu diversas palestras, nomeadamente nos anos 50 e 60, inclusive às vésperas do golpe de 64 e posteriormente.<sup>16</sup>

Participou do Congresso Nacional de Direito Judiciário (1938), Congresso Jurídico Nacional (1943), Congresso Brasileiro de Educação (1945), Congresso Interamericano de Advogados (Detroit-1949), Congresso Internacional de Municípios (1953 e 1958), Congresso Internacional de Juristas (1962) e Simpósio da Sociedade Henri Capitant (1964).<sup>17</sup> Participou do I Congresso Brasileiro de Economia (1943), evento que contou com os principais nomes do projeto industrialista da época. Nesse congresso compôs a comissão de número VIII responsável pelo tema das “*atividades econômicas do Estado*”, entre seus integrantes estavam os juristas Francisco Campos (presidente) e Djacir Magalhães.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> Themistocles Cavalcanti iniciou suas conferências na ESG no ano de 1952. Não foi possível encontrar a data em que o autor recebeu o título de professor *honoris causa* na instituição, mas ocorreu no início de década de 60. Sobre a ESG, sua ideologia e sua influência no pensamento político nacional vide FERREIRA, Oliveira. A Escola Superior de Guerra no Quadro do Pensamento Político Brasileiro. In. **As ideias políticas no Brasil**. Adolpho Crippa (Org.) Vol. II. São Paulo: Convívio, 1979.

<sup>17</sup> < [http://en.wikipedia.org/wiki/Henri\\_Capitant](http://en.wikipedia.org/wiki/Henri_Capitant)>, acesso em 23.08.2014. Destaco o seguinte trecho a respeito de Henri Capitant: “*A declared conservative, he objected to legal innovation, which he saw as generally threatening to a purpose of law – the preservation of individual liberty*” (Um conservador declarado, se opôs às inovações legais, que ele via como geralmente ameaçadoras a um propósito do direito – a preservação da liberdade individual – Tradução livre). Sobre o dito evento, em consulta ao site da associação é possível encontrar as *Journées brésiliennes* do Rio de Janeiro, Tomo XV, année 1963 (“*La responsabilité civile et pénale des administrateurs des sociétés. Les sociétés d’économie mixte, les entre-prises publiques et les fondations. L’évolution des sociétés commerciales.*”). Provavelmente foi esse o evento de que Cavalcanti participou. < <http://www.henricapitant.org/node/76>>, acesso em 23.08.2014.

<sup>18</sup> Um resumo do evento pode ser visto em **Cultura Política**, ano 4, n. 37, Fev. 1944, Rio de Janeiro. Entretanto, nessa publicação, a única comissão onde não constam as conclusões e sugestões, coincidentemente, é a de número VIII. As atas do congresso estão na Unicamp, porém não foram digitalizadas. Sobre esse evento vide AQUINO, Arthur. *I Congresso Brasileiro de Economia 1943: atores, intelectuais e ideologias na constituição de uma consciência de classe*

Foi representante do Brasil nas reuniões do Comitê Jurídico da ICAO (*International Civil Aviation Organization*), realizadas em Madrid, México, Montreal e Paris. Delegado do Brasil e Presidente da delegação na Conferência de Haia (1955) e Delegado do Brasil à Conferência Geral da Unesco (Montevidéu -1954 e Paris - 1964 e 1966) e à Conferência de Consultas da OEA (Rio de Janeiro - 1965).

Nota-se que Cavalcanti ocupou posições importantes em momentos significativos da história brasileira. Muito embora tenha vivido em uma época de grandes rupturas políticas (revolução de 1930, golpe de 1937, redemocratização em 1946 e golpe de 1964), Cavalcanti manteve-se por longo tempo em posição de destaque no cenário político e sobretudo doutrinário.

Esteve ao lado dos tenentes na Revolução de 1930 e também com o apoio dos tenentes participou da Comissão do Itamaraty (1933).<sup>19</sup> Recebeu a Carta de 1937 como uma “modernização” técnica<sup>20</sup> e a

*entre os industriais e a consolidação do projeto industrialista*. In. **PLURAL – Revista do Programa de Pós-graduação em Sociologia da USP**, São Paulo, v. 17.1.2010, p. 59-88; CARONE, Edgard. **O pensamento industrial no Brasil (1880-1945)**. Rio de Janeiro: Difel, 1977. Sobre o tema industrialista da época, vide CARONE, Edgar. **O pensamento industrial no Brasil (1880-1945)**. Difel: Rio de Janeiro, 1977.

<sup>19</sup> Aspásia Camargo também detecta a coincidência de pensamento entre Cavalcanti, os tenentes e o Clube 3 de outubro e afirma que o jurista participou da Sub-comissão do Itamaraty como “*aliado dos tenentes*” (1989, p. 27; 238). Foi nomeado para a Subcomissão ante a indicação de Juarez Távora e era reconhecido como o “*único porta-voz dos ‘revolucionários independentes’*” e principal encarregado, representando as ideias do Clube 3 de outubro, na defesa da representação profissional no legislativo, ao lado da representação política, bem como dos conselhos técnicos autônomos. (CASTRO GOMES, 1980, p. 127; 433)

<sup>20</sup> Como introdução da obra *Instituições de Direito Administrativo Brasileiro*, 1 ed., volume II de 1938 Cavalcanti escreve algumas páginas tratando do novo momento constitucional e sua relação com o direito administrativo, elogiando a nova Carta. Segundo ele a Carta de 1937 não teria, em essência, rompido com a Constituição de 1934 porque a ideia política e econômica permaneceu, mas ganhara um primor técnico. A vontade constituinte de 1934 tinha sido respeitada, somando-lhe uma “*techica nova, menos casuística [...] apresentando uma estrutura jurídica mais lógica*” (1938, p. X). O autor teve a oportunidade ímpar de inaugurar sua segunda grande obra doutrinária fazendo uma crítica àquele golpe constitucional, mas, pelo contrário, ofertou um escrito legitimador. Posteriormente, em entrevista no ano de 1975, disse que a Carta de 1937 não foi uma autêntica Constituição, mas “*‘um regulamento, uma lei’*”.

Constituição de 1946 como um documento deveras rígido que acertou nos fins, mas errou nos meios, reclamando uma adequada interpretação, em especial no tema econômico e nas “*necessárias*” delegações legislativas. Às vésperas de 1964 estava palestrando na ESG, chamando a atenção por reformas “*urgentes*” na estrutura política e administrativa do país, denunciando a “*corrupção*” política e a confusão partidária; após o golpe proferiu conferências legitimando os atos institucionais.<sup>21</sup>

Isso faz dele um autor relevante para se investigar as transformações operadas no direito administrativo e constitucional brasileiro, bem como as diferentes etapas da construção da estatalidade nacional. Um autor que procurou adequar conceitos, mas também se adequar a diferentes contextos.

### 1.3. REDES E CONEXÕES POLÍTICAS

A partir das fontes, sobretudo da entrevista ao programa de História Oral do CPDOC/FGV, é possível traçar as conexões políticas básicas de Cavalcanti.

Como visto, seus pais eram de famílias de Pernambuco e Maranhão, porém o autor radicou-se no Rio de Janeiro.

---

Sobre o Estado Novo disse que foi uma “*‘reminiscência de Júlio de Castilhos’*” inspirada no culto positivista de uma “*‘ditadura científica’*”. Para justificar seu confessado corporativismo na década de 30, disse que “*o mal não residia no Estado corporativo, mas no governo ditatorial de Vargas*” (CAMARGO, 1989, p. 241). Sobre sua participação no governo de 1937 Cavalcanti disse que “*Os tenentes em sua maioria eram contrários ao Estado Novo, mas outros, embora contrários ao regime instituído, resolveram participar ativamente na obra de Governo, sem qualquer sentido político. Eu mesmo resolvi, a conselho de Eduardo Gomes, aceitar o cargo de Consultor Geral da República, sem qualquer outra atividade senão aquela absolutamente restrita ao exercício da função, que era dar parecer em assuntos administrativos.*” (CAVALCANTI, 1978b, p. 03).

<sup>21</sup> Em conferência na ESG, no ano de 1964, o jurista tratou da “*Revolução democrática*”: “*A cada transformação violenta do regime, quer na proclamação da República, quer na queda da primeira República em 1930, quer agora, na restauração da democracia, usou o govêrno da Revolução de um direito próprio ao poder revolucionário, de definir, em termos constitucionais, os objetivos do movimento e determinar as medidas excepcionais necessárias à eliminação da ordem vencida e à implantação de uma nova ordem. [...] A legitimidade dos atos institucionais não pode ser posta em dúvida; ela decorre do fato revolucionário [...]. Se a revolução pode destruir a ordem vigente, se ela pode substituir ao poder decaído, é evidente que ela pode também criar o direito. [...]*” (CAVALCANTI, 1964d, p. 04; 06; 07)

Cavalcanti começou a advogar com Nilo Peçanha, com quem compartilhou escritório tendo em vista a afinidade às questões envolvendo militares da época.<sup>22</sup> Cavalcanti elaborou um *habeas corpus* para ser impetrado em favor de alguns alunos da Escola Militar do Rio de Janeiro. A petição foi enviada a Peçanha, que gostou do trabalho e convidou Cavalcanti para trabalharem juntos, tornando-se amigos. Segundo Cavalcanti, sempre que Peçanha tinha que fazer uma petição pedia para que aquele o fizesse em seu nome, passando a ser um assistente de confiança de Peçanha. Para Cavalcanti, Rui Barbosa e Nilo Peçanha, se acaso fossem Presidentes da República, teriam conduzido o país a um regime liberal.

A partir de então Cavalcanti começou a transitar nos meios políticos e se tornar um advogado conhecido, o que o levou a firmar contato com o Conselheiro Antônio Prado, tornando-se seu secretário. Em razão disso fez contatos com Joaquim Francisco de Assis Brasil, Francisco Morato<sup>23</sup>, Paulo Moraes Barros e Antônio Carlos Ribeiro de

---

<sup>22</sup> Sobre Nilo Peçanha e sua influência na política nas primeiras décadas do século XX, vide GALVÃO, Laila Maia. **História constitucional brasileira na Primeira República: um estudo da intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro em 1923**. Dissertação de Mestrado. PPGD/UFSC: Florianópolis, 2013.

<sup>23</sup> Cavalcanti relata uma passagem digna de nota. Antes da Revolução paulista de 32 Cavalcanti encontrou Morato em uma livraria e sugeriu-lhe a leitura da obra *Técnica do Golpe de Estado*, do italiano Curzio Malaparte. Morato gostou da sugestão e adquiriu o livro. Depois da Revolução de 32, os dois se encontraram e Cavalcanti perguntou: “‘Como é Dr. Morato, o senhor gostou do Malaparte?’” Ao que o interlocutor, em meio a risos, respondeu: “‘o senhor está perguntando isso muito maliciosamente, não é?’” (E44 – Parte 1, fl. 25). Curzio Malaparte era o pseudônimo do toscano Kurt Erich Suckert, filho de mãe lombarda e pai alemão. Malaparte (em italiano "parte má") é um trocadilho com o nome de família de Napoleão Bonaparte (em italiano, "parte boa"). Foi escritor, jornalista, militar e diplomata italiano. Lutou na primeira guerra no quinto regimento alpino e, em 1922, fez parte da Marcha sobre Roma. Foi um ativo membro do partido fascista fundando, entre outros, o periódico *La Conquista dello Stato*. Porém a adesão ao fascismo não lhe poupou das consequências de suas opiniões políticas. Publicou o livro *Tecnica del Colpo di Stato* no ano de 1931, obra que foi recebida como um “*tratado da arte de defender a liberdade*”. Nessa obra, as críticas a Hitler e a Mussolini renderam a Malaparte a expulsão do partido e o exílio. Também, o autor estuda o tema da defesa do Estado ante o conflito entre fascistas e comunistas e a existência de regras fundamentais a uma técnica moderna de conquista e defesa do Estado. O livro está estruturado em oito capítulos nos quais o autor estuda os episódios russo, italiano e alemão. Em breve síntese, Malaparte sustenta que Bonaparte foi

Andrada, ajudando a fundar o Partido Democrático em São Paulo. Como Antonio Prado já estava com idade avançada, Cavalcanti o auxiliava nas articulações políticas, tomando notas das reuniões e levando ao Conselheiro, “*Eu almoçada um dia com um, outro dia com outro, e no dia seguinte fazia uma notinha, [...] Pegava aquilo e trazia para o Conselheiro; conversava com ele, e no dia seguinte fazia umas certas articulações sobre...*” (E-44, Parte 1, fl. 24).

Era amigo e aparentado de Carlos de Lima Cavalcanti, que chegou a convidar Themistocles para ser deputado, porém o jurista recusou pois “*não queria se envolver em política partidária. E fiz muito bem, porque em 37 estaria na rua*”. (E-44, Parte 2, fl. 06)

Carlos de Lima foi um importante personagem da época e sua biografia é extensa, merecendo alguns destaques. Filho de uma tradicional família pernambucana, entre seus parentes destacam-se Pedro de Araújo Lima, o Marquês de Olinda, dom Joaquim Arcoverde de Albuquerque Cavalcanti, arcebispo do Rio de Janeiro (1897-1905) e

---

quem promoveu o primeiro “golpe de Estado moderno”, que seria feito pelas forças armadas, porém com certa aparência de legalidade, fundada, sobretudo, na manutenção do Parlamento, mesmo que limitado. Analisando os movimentos políticos da época, Malaparte conclui que as revoluções soviética, italiana e alemã instauraram ditaduras, sustentando que os mecanismos liberais de defesa do Estado seriam de todo inócuos para conter os golpes de Estado fascistas, nazistas e comunistas. Inclusive, diz que Hitler não passava de uma caricatura de Mussolini, um espírito feminino e, como todos os ditadores, era conduzida mais por suas paixões do que por suas ideias (*Hitler n'est qu'une caricature de Mussolini. [...] L'esprit de Hitler est réellement un esprit profondément féminin: son intelligence, ses ambitions, sa volonté même n'ont rien de viril. [...] Comme tous les dictateurs, Hitler est conduit bien plutôt par ses passions que par ses idées*) (p. 282; 284). O autor conclui que o problema do Estado moderno não é somente de autoridade, mas a liberdade. Na medida em que os sistemas de polícia se revelam insuficientes à defesa do Estado contra os golpes comunistas e fascistas, não há mecanismos que impeçam os perigos à liberdade do povo. A ausência de meios adequados à defesa do Estado seria prejudicial aos cidadãos tanto quanto os próprios regimes ditatoriais. Por isso, um povo preocupado com a liberdade deve se manter atento aos perigos iminentes de golpes de Estado. Dessa forma, o problema da conquista e da defesa do Estado, mais que um problema político, é um problema de técnica. A arte de defender o Estado deve ser regida pelos mesmos princípios que regem a conquista do Estado. (MALAPARTE, 1931, p. 163; 173; 175; 189-194; 294). Vide também <http://delong.typepad.com/malaparte-coup-detat-the-technique-of-revolution-2004.pdf>.

primeiro cardeal da América Latina e Pedro Ernesto Batista, que foi interventor (1931-1935) e prefeito (1935-1936) do Distrito Federal.

Apoiou a candidatura de Nilo Peçanha, em 1922, em oposição à chapa de Artur Bernardes. Teve intensa participação no movimento tenentista, participando da Revolução de 1930. No pós-1930 foi nomeado interventor federal em Pernambuco, tornando-se governador constitucional em 1935, adotando medidas de reforma administrativa, tais como a Comissão de Melhoramentos Municipais e ajudou a organizar o Partido Social Democrático de Pernambuco. Em 10 de novembro de 1937 Carlos de Lima foi afastado do governo do estado. Ajudou a fundar a União Democrática (UDN), apoiou a candidatura de Eduardo Gomes (“o Brigadeiro”) à Presidência de República e foi constituinte, em 1945, por essa legenda, mantendo-se no legislativo como deputado federal por Pernambuco até 1959. No pós-1964 volta a exercer cargos públicos, sendo nomeado ao Conselho Superior das Caixas Econômicas, vindo a falecer no ano de 1967.

A irmã de Cavalcanti era casada com Delso Mendes da Fonseca, com quem Themistocles manteve forte amizade. Natural do Piauí, filho de famílias oligárquicas, seu pai era comerciante e foi intendente municipal; seus avós paternos e maternos eram fazendeiros. Fonseca ingressou na escola militar do Realengo em 1917, participou do levante de 1922 e foi um dos principais líderes tenentistas. Em 1930, seguiu a Minas Gerais para participar de Revolução. No pós-1930 foi promovido a capitão e passou a assessorar Juarez Távora na Delegacia do Norte. Integrou o Clube 3 de Outubro e, de 1931 a 1934, foi secretário de obras do Distrito Federal no Governo Pedro Ernesto. Em 1936 foi chefe da missão militar brasileira na França. Em 1937 foi promovido a major e a general de brigada em 1952. Em 1954 assinou o manifesto dos generais pela deposição de Getúlio Vargas. Foi diretor-geral de engenharia da Prefeitura do Distrito Federal, membro da Comissão Militar em Essen, Alemanha, diretor técnico da Fábrica de Realengo, chefe de fabricação do Arsenal de Guerra do Rio de Janeiro e chefe da Divisão de Assuntos Nacionais da ESG.

Cavalcanti também foi amigo pessoal de Juarez Távora, Uchoa Cavalcanti, Agamenon Magalhães e Eduardo Gomes.

Cavalcanti conheceu o brigadeiro Eduardo Gomes, em Petrópolis, quando tinha 18 anos de idade e foram amigos por toda a vida. Conheceu Gomes por intermédio de um primo que era colega de colégio de Gomes. Eduardo Gomes frequentava a casa de um tio de Cavalcanti, o almirante Graça Aranha. Segundo Themistocles, a amizade era tão

estreita que a mãe do brigadeiro (dona Geny) tratava-o como filho (*vide anexo*).

Eduardo Gomes foi um importante líder tenentista, integrou a revolta dos “18 do forte”, foi preso várias vezes por motivos políticos e participou ativamente da Revolução de 30. Durante o governo provisório de Vargas foi promovido a capitão e em seguida a major. Lutou contra os paulistas na Revolução de 32 e atuou contra a Intentona Comunista em 1935. Foi comandante do 1º Regimento de Aviação até o golpe do Estado Novo, que teria se recusado a apoiar, formalizando sua exoneração do comando em tela. Promovido a brigadeiro-do-ar em dezembro de 1941, Gomes foi nomeado, em seguida, comandante da I e II zonas aéreas. Colaborou na divulgação do Manifesto dos Mineiros, em 1943, que reivindicava a democratização do país e, em 1944, foi promovido a major-brigadeiro-do-ar. No período de redemocratização do pós-guerra foi candidato a Presidência da República, festejado pela imprensa carioca como uma “*figura austera*” e com “*profundo sentimento católico*”, o “*candidato do povo*”, o “*brigadeiro da libertação*”.<sup>24</sup>

Gomes, porém, foi derrotado pelo general Eurico Gaspar Dutra, candidato do governo. Depois disso o brigadeiro passou a se dedicar cada vez mais à atividade política, alinhando-se à UDN, partido no qual encontrou sua plataforma. Em 1949 lançou-se candidato à Presidência de República pela UDN em oposição a Vargas; no pleito de 1950 mais uma vez o brigadeiro foi derrotado nas urnas. Com a derrota, voltou a ser diretor das rotas aéreas da FAB e contribuiu na oposição ao governo Vargas. No governo Café Filho foi nomeado ministro da aeronáutica e, em 1960, foi reformado compulsoriamente e promovido a marechal-do-ar. Quando do golpe de 1964, Gomes estava no Palácio Guanabara em apoio ao governador Carlos Lacerda e, em agosto daquele ano, foi nomeado por Castelo Branco a ministro da aeronáutica. Deixou o ministério em março de 1967 e fez oposição às arbitrariedades

---

<sup>24</sup> <<http://www.fgv.br/cpd/doc/busca/Busca/BuscaConsultar.aspx>>, acesso em 15.04.2015. Inclusive Manuel Bandeira dedicou-lhe os versos de Lira do Brigadeiro: “*Depois de tamanhas dores, de tão duro cativo às mãos dos interventores, que quer o Brasil inteiro? - O Brigadeiro! Abaixo a política! Abaixo o politiquês! Votemos em quem nos valha: que nos vale, brasileiro? - O Brigadeiro! (...) O Brigadeiro é católico (...) Comunga, mas não comunga com os impostores ateus e os ricos do Estado Novo: comunga só com o seu Deus e com o povo! (...) Será nosso presidente. Estava no seu destino desde que ele era tenente. Desde que ele era menino*”.



perpetradas pelos governos militares “linha dura”, em especial o uso da aeronáutica (caso “Para-Sar”) como *“esquadrão da morte”* e *“instrumento de política assassina, inimiga da democracia, da fraternidade cristã e da dignidade humana”*. Faleceu no Rio de Janeiro em 13.06.1981.

É interessante fazer algumas considerações sobre as relações entre Cavalcanti e a UDN. Como visto, em 1960 Cavalcanti foi eleito deputado à Assembleia Constituinte da Guanabara pela legenda da União Democrática Nacional. Em entrevista, o autor afirmou que se filiou ao partido apenas para poder concorrer a uma cadeira na Assembleia Constituinte da Guanabara, tendo em vista a obrigatoriedade da lei eleitoral, mas que não era de partido nenhum e nunca tinha se metido em política. Segundo o jurista, sua aproximação ao partido foi ocasional e por conveniência, não conhecia o programa do partido, escolhendo a legenda por apreço a Eduardo Gomes, mas não acreditava em partido algum (*vide anexo*).

É razoável sustentar que Cavalcanti, muito embora não tenha sido um udenista de “carteirinha” ou “vestido o lenço branco” - o foi ocasionalmente, como afirmou em entrevista - teria sido um udenista “de coração”. Além de sua proximidade com fundadores e políticos atuantes do partido, tais como Eduardo Gomes, Juarez Távora e Juraci Magalhães, algumas características do partido se alinham às posturas defendidas por Cavalcanti, o que vale dizer, sua proximidade à UDN não era apenas por amizade, mas também por certa afinidade ideológica a um *“liberalismo ambíguo”*. Ele tinha uma relação política estratégica com setores do partido, mas sempre tomando o cuidado de não ser, ou parecer ser um udenista.

Cavalcanti foi nomeado Consultor-Geral da República no governo de transição de Café Filho (1955), que fora marcado por influências udenistas (*“vicariato udenista”*). Isso sugere que o jurista tinha proximidade com a UDN ou era um nome simpático ao partido, muito embora não fosse dele um membro formal.<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> Segundo Afonso Arinos (apud BENEVIDES, 1981, p. 92), Café Filho *“gostava de certos udenistas, mas detestava a UDN”*. Essa relação com o partido pode também servir a Cavalcanti. O jurista era próximo de udenistas, mas não era alinhado ou partidário da UDN. Essa postura, inclusive, pode ter sido decisiva para que Café Filho o nomeasse como Consultor-Geral em 1955. Alguém indicado por udenistas, mas que não era um udenista a ponto de se confundir com o partido (um “chapa branca”).

A obra de Maria Victoria de Mesquita ajuda a compreender a influência política da UDN, bem como a ideologia de uma parcela da elite política, sobretudo no pós-1945, composta em sua maioria de juristas e desenhada por um “*liberalismo ambíguo*”, em um período em que se disputava a construção de um regime democrático no país.

Segundo Benevides (1981, p. 20), a UDN não tinha uma ideologia bem definida e não era um partido marcado pela coerência e homogeneidade de ideias, principalmente na sua criação (1945), já que o partido era um encontro de correntes que se opunham a Vargas.<sup>26</sup> No entanto, uma das características do udenismo era o golpismo que se manifestava como a pregação do golpe ocasional como meio rápido e eficiente para se chegar ao poder ou simplesmente o golpismo como princípio político.

Reuniam-se em torno da UDN as seguintes correntes: a) oligarquias destronadas em 1930; b) aliados de Vargas marginalizados depois de 1930 ou 1937 (“*tenentes que se sentiram traídos, como Eduardo Gomes, Juraci Magalhães*”), membros da aliança liberal pós-revolução paulista de 1932 e gaúchos chefiados por Borges de Medeiros; c) participantes do Estado Novo e que se afastaram antes de 45 (apoiaram o golpe e tiveram cargos públicos durante a ditadura, mas romperam com Vargas antes de 45, tais como Gabriel Passos, PGR até 1945); d) grupos liberais com identidade regional; e) alguns setores da esquerda. (BENEVIDES, 1981, pp. 29-30).

O ingresso na UDN fora uma alternativa para as elites desalojadas. Tal composição, reunindo vários setores das elites, oligárquicas e liberais, correspondeu, segundo Benevides, a traços da ambiguidade da democratização de 1945. Inclusive, isso transparece na “*falta de coesão da UDN nos trabalhos da Constituinte, ‘dilacerada entre seu papel de oposição liberal e suas raízes sociais elitistas e conservadoras.*’” (BENEVIDES, 1981, p. 52)

O liberalismo integrava os programas e discursos da UDN, “*assim como dos representantes externos mais identificados com o udenismo*”. (BENEVIDES, 1981, p. 241). A UDN retoricamente

---

<sup>26</sup> Entretanto o partido não fez oposição apenas a Vargas. A UDN fez oposição ao Vargas do Estado Novo e do regime democrático, fez oposição a JK e a Jango, pois entendia que seus governos decorreram dos “golpes de 11 e 21 de novembro” (campanha da legalidade de Lott). A UDN apostou em Janio (“a ilusão udenista”) fazendo oposição violenta a Goulart, até, por fim, se alinhar aos militares e apoiar o golpe de 1964.

construía um discurso em que se identificava como a “*legítima herdeira da tradição liberal da reforma dos costumes políticos e administrativos no Brasil. É o estuário para onde confluíram os remanescentes da pregação política do civilismo, da Reação Republicana, da Aliança Liberal*”. (ARINOS apud BENEVIDES, 1981, p. 243). Benevides menciona que a herança udenista em muitos pontos se entrelaçava com o tenentismo, tanto que os candidatos presidenciais da UDN foram antigos tenentes (Eduardo Gomes, Juarez Távora).<sup>27</sup>

Além das contradições inerentes ao próprio liberalismo, aquele que foi apropriado pela UDN era marcadamente ambíguo e contraditório, caracterizando-se pelo hiato entre retórica e prática, o que permitiu ao partido justificar o golpismo, apelar à intervenção militar, contestar os resultados das urnas, tudo isso em nome do liberalismo, “*enfim, violar a democracia para melhor salvá-la*”. (BENEVIDES, 1981, p. 242)<sup>28</sup>

Muitos udenistas se identificavam com a figura frequente da história nacional: o liberal de oposição. Para Raymundo Faoro (apud BENEVIDES, 1981, p. 242): “*‘O liberalismo brasileiro convive com o demônio por ele gerado (...) Os liberais no poder convertem-se em conservadores, em guardiões do país contra a anarquia’*”. No imaginário udenista, essa “anarquia” decorria da ascensão política das classes populares, as temíveis “massas”, já que, conforme Hermes Lima (apud BENEVIDES, 1981, p. 243), “*‘O povo é uma espécie de vulcão adormecido. Todo o perigo está em despertá-lo’*”. Por isso que uma das bandeiras da UDN era a democracia controlada, ou seja, aquela que se arma contra o “perigo popular”.

Para Benevides, a herança liberal absorvida pela UDN distinguia liberalismo e democracia, um liberalismo que não correspondia à democratização da sociedade.

---

<sup>27</sup> Nesse sentido vide FORJAZ, Maria Cecília Spina. **Tenentismo e forças armadas na revolução de 30**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

<sup>28</sup> “*Como se sabe, as contradições são inerentes ao próprio liberalismo, e não deve surpreender que o seja também para o caso brasileiro. Em seu clássico The rise of European Liberalism, Harold Laski enfatizou: ‘The pedigree of ideas is never straight forward. Into the development of liberalism there have entered winds of doctrine so diverse in their origin, as to make clarity difficult, and precision perhaps unattainable’*”. (BENEVIDES, 1981, p. 241) (A genealogia das ideias nunca é linear. No desenvolvimento do liberalismo adentraram ventos de doutrinas muito diversas em suas origens, dificultando a clareza, e uma precisão talvez inatingível). (Tradução livre).

As raízes da tradição liberal reivindicada pelos udenistas expõem a feição indistintamente elitista, de um liberalismo limitado, restrito, expresso nas aspirações do tribuno liberal Otoni, ‘*por uma democracia de classe média, uma democracia de gravata lavada*’. (BENEVIDES, 1981, p. 243)

Quanto ao liberalismo econômico, a UDN se apresentava, não obstante a posição de alguns de seus membros, fiel aos moldes clássicos da livre empresa e economia de mercado, profundamente não intervencionista (“*o Estado é mau patrão*” a “*intervenção é comunizante*”).<sup>29</sup> No entanto os liberais udenistas reivindicavam a intervenção do Estado para alterar a política cambial em favor de seus interesses e reclamavam a ação estatal para controlar a expansão dos movimentos operários. (BENEVIDES, 1981, p. 242)

Quanto ao liberalismo político, Benevides destaca duas contradições. De um lado o apelo do partido à intervenção militar, como mostra a intensa pregação golpista (1954 e 1964) permanentemente associada à imagem da UDN.<sup>30</sup> Segundo a autora, no caso do udenismo, não se tratava de uma determinada circunstância histórica na qual se admitiria que um liberal defendesse excepcionalmente um golpe, mas sim na defesa do “estado de exceção” e do golpismo como alternativas válidas de ação política. (BENEVIDES, 1981, p. 247)

De outro lado, o udenismo apresentava reservas quanto à extensão da participação política, mostrando desconfiança em relação ao movimento sindical, difusão na incapacidade do povo para escolher seus representantes (“*o povo errou*”). Havia certa crença no governo dos “*homens bons*”, já que o país não estaria amadurecido para um regime verdadeiramente democrático. Enfim, o resgate do viés elitista da Revolução de 1930 que fora “*traído por Vargas*”. Tal ideologia marcou o partido como “*progressista no que se opõe e reacionário no que propõe*”. (BENEVIDES, 1981, pp. 248-250)

---

<sup>29</sup> Benevides relata que o rompimento entre grupos udenistas, no início da década de 60, se daria justamente em relação ao papel do Estado na condução das reformas de base.

<sup>30</sup> “*Louvando mais uma vez o patriotismo, a bravura e a desambição pessoal das Forças Armadas, (a UDN) coloca-se inteiramente ao lado delas para todas as medidas necessárias à salvaguarda da democracia, [...]*”. Nota oficial da UDN, em 3 de abril de 1964.

Entretanto o liberalismo absorvido pela UDN já carregava toda uma carga de ambiguidades e contradições. Um liberalismo “pré-democrático”, fundado na soberania nacional e não popular. As contradições, portanto, estavam no próprio liberalismo brasileiro, do Império à República, ante seus distanciamentos com os ideais democráticos. Sintetizando, Benevides afirma que o liberalismo udenista era elitista, moralista, com ênfase na ordem, autoritário e golpista.

Esse liberalismo elitista fundava-se na presciência das elites de que o povo não era politicamente responsável. Para Arinos, os intelectuais eram “*sentinelas avançados dos movimentos sociais*” e Antonio Carlos pregava “*façamos a revolução antes que o povo a faça*”. Bernardo Pereira de Vasconcelos, dizia que no Brasil o sistema representativo não significava vontade popular, mas o governo dos mais virtuosos. As elites seriam capazes de modernizar, elevar e civilizar o povo. (apud BENEVIDES, 1981, p. 252)

Dessa forma, o regime representativo não estava vinculado a uma noção de soberania popular. Só mereciam representatividade os elementos sociais organizados, o povo era uma multidão indistinta (massa), diferente das elites, que eram grupos homogêneos e destacados da sociedade. Assim sendo, o elitismo udenista assimilava as reivindicações sociais populares como elementos de desordem e caos.

Do elitismo ao golpismo era um passo; segundo Benevides (1981, p. 252), o golpe estava no “*coração da ideologia*” udenista, prevalecendo a ética dos fins últimos e a crença de que um regime autoritário seria transitório e necessário para preparar a democracia. Nos termos de Franz Neumann, uma “*ditadura educativa*”, apoiada em grupos sociais tradicionais (indústria, finança, forças armadas, burocracia, judiciário).<sup>31</sup> Nessa perspectiva, em conferência à ESG,

---

<sup>31</sup> “[...] a usual comparação entre democracia liberal versus ditadura, como uma antítese do bem e do mal, não pode ser mantida sob um ponto de vista histórico. Uma moralização sobre os sistemas políticos torna difícil a compreensão de suas funções. A afinidade entre democracia e ditadura não é tão simples como se diz. 1. As ditaduras podem ser uma implementação da democracia, mas isso se refere a ditaduras de emergência com funções semelhantes ao clássico tipo romano, e que preferimos classificar como uma espécie de magistratura. 2. As ditaduras podem ser uma preparação para a democracia, e aí podemos falar de uma ditadura educativa. 3. As ditaduras podem ser a negação da democracia, sendo assim um sistema totalmente regressivo. O domínio de Pisistrato é provavelmente um exemplo clássico de ditadura educativa. Como disse Werner Jaeger: ‘As massas eram ainda politicamente inexperientes, de modo que a democracia ainda estava muito

Cavalcanti disse que “[...] mais sábios foram os marxistas que instituíram uma ditadura a fim de preparar as massas para a conquista do poder.”<sup>32</sup>

Também, a UDN era conhecida como o “partido dos bacharéis”, do formalismo e fetichismo da lei. A UDN reivindicava a tradição da “aristocracia togada” e o traço fundamental do bacharelismo udenista era a ênfase na ordem. A UDN, ao mesmo tempo que defendia a ordem, defendia também o golpe, duas óbvias contradições, mas que se conciliavam no pensamento contraditório do partido. Para a UDN, a desordem decorreria de um sistema que tolerava e estimulava as manifestações de grupos sociais incompatíveis com a ordem desejada pela elite, por isso um sistema considerado ilegítimo. Era ilegítimo na medida em que permitia a desordem, portanto, o golpe estaria legitimado. Ante essa desordem e no afã de instituir uma ordem, o golpe era a estratégia legítima e necessária contra esse sistema ilegítimo que fomentava a desordem. A desordem não decorria só do comunismo, mas da política varguista e de seus seguidores. “*‘A defesa da ordem e a defesa do golpe são, nesse contexto, faces da mesma moeda.’*” (BENEVIDES, 1981, pp. 259; 263)<sup>33</sup>

É possível dizer que a aproximação de Cavalcanti à UDN também consistia em uma afinidade de ideias, especialmente em dois pontos: o elitismo e o golpismo. Quanto ao primeiro, colhe-se mais claramente de sua obra, em especial em sua perspectiva corporativista da política e do direito (vide último capítulo deste trabalho). Quanto ao segundo, Cavalcanti, obviamente, nunca se mostrou expressamente

---

*longe: e não poderiam chegar até que a aristocracia fosse humilhada pelos tiranos do regime. [...] sem o trabalho de Pisístrato, os regimes de Clístenes e Péricles dificilmente seriam concebíveis. [...] Se tiverem maturidade política – como a burguesia da Inglaterra no século XVII ou na França no XVIII – o cesarismo será apenas um fenômeno transitório (Cromwell e Robespierre). As novas classes, uma vez no poder e comandando a maioria, exigirão, por várias razões, um sistema político liberal. Se, no entanto, não tiverem essa maturidade, ou se forem fracas, o movimento cesarista se tornará uma ditadura [...].”* (NEUMANN, 1969, pp. 273; 276).

<sup>32</sup> Vide CAVALCANTI, Themistocles. **O poder nacional – seus fundamentos políticos; instrumentos da ação.** ESG. 1953a, p.11. conferência proferida em março de 1953.

<sup>33</sup> Nesse contexto, Wanderley Guilherme dos Santos situava os “liberais doutrinários” presentes na UDN, que, segundo o autor, foi o partido mais subversivo do Brasil entre 1945-1964. Vide *Ordem burguesa e liberalismo político*.

partidário de golpes, porém sua postura diante da instalação de regimes de exceção (1937 e 1964) mostra seu posicionamento básico. Pós 1937, o jurista elogiou a nova Carta. Em 1955 deu um parecer favorável a Mamede e, nas décadas de 50 e 60 era assíduo frequentador da ESG - proferindo conferências legitimando o golpe. Tornou-se Ministro do STF durante o regime dos generais, mantendo-se no cargo após o “golpe dentro do golpe”, que foi o AI-5. Tais dados biográficos sugerem uma simpatia a golpes para o “bem da democracia”, ou no mínimo uma indiferença em face deles.<sup>34</sup>

Entretanto, em um ponto, a visão do autor se choca com a ideologia udenista, notadamente na perspectiva do liberalismo econômico defendido pelo partido. Como será visto, o intervencionismo era a tendência presente desde a década de 1930, tanto no Brasil como fora (vide New Deal). Cavalcanti, jurista atendo às vanguardas, acreditava que não tinha como fugir dessa tendência “modernizante”. Para ele, a questão era responder: qual tipo de intervencionismo? Aqui entra o esforço do autor em conciliar intervencionismo estatal, liberalismo, democracia (pautada pela elite) e ordem (uma ordem “controlada” e longe das “massas”). A leitura jurídica de Cavalcanti será pautada por esses elementos. Por exemplo, a importação e a defesa do corporativismo enquanto um modelo de intervenção estatal “controlada”, ou seja, sem cair em um estatismo autoritário, e ao mesmo

---

<sup>34</sup> Tais características podem ser percebidas no texto *Democracia imperfeita* (1978a). Destaca-se os seguintes trechos: “Esta é a democracia ideal que pressupõe, na totalidade do eleitorado, uma capacidade de escolha que só se pode encontrar em um grupo de elite com a possibilidade de um discernimento perfeito dos fins a serem realizados e a qualidade dos homens capazes de exercer o poder. [...] Os episódios Jânio Quadros e João Goulart, preterindo um homem como Milton Campos, são exemplos tristes da eleição direta. [...] Foi a eleição de massa que deturpou o sistema eleitoral democrático, porque ele é, por natureza, inconseqüente e incapaz de escolher, porque ela não conhece os homens, não tem como ajustar as suas qualidades e condições para opinar. A massa, o povo como eleitorado, é uma reunião inorgânica de indivíduos sem os requisitos mínimos para escolher, mesmo porque desconhece os problemas. [...] Aos políticos convém o jogo dos elementos que podem conduzir a um resultado eleitoral que lhes fora provável, mas isso não significa a legitimidade da representação. As eleições ganhas por um mínimo de votos, por exemplo, constituem solução perigosa e exprimem uma insatisfação para a vitória que uma pequena minoria não corrige.” (CAVALCANTI, 1978a, pp. 01; 02; 03). Vide, também CAVALCANTI, 1964d.

tempo, uma proposta de “controle” da democracia (vide último capítulo deste trabalho).

Por fim, digno de registro é a reaproximação do jurista com os setores militares, notadamente a partir da década de 50, através de sua reiterada atuação na Escola Superior de Guerra (ESG). Ali proferiu diversas aulas e conferências em que abordou, em sua maioria, temas afetos à ciência política, tais como: partidos políticos, formas de governo, separação de poderes, segurança nacional e desenvolvimento.

A Escola Superior de Guerra (ESG) foi criada pelo Decreto-lei 4.130/42 com o objetivo de dar aos oficiais superiores das Forças Armadas um curso de Alto Comando voltado às *“questões referentes ao emprego das Grandes Unidades estratégicas e à direção da guerra”*, nos moldes da *National War College* norteamericana. A ESG era subordinada ao Estado-Maior das Forças Armadas, comandada por um oficial-general. Porém, com o passar dos anos, a ESG passou a desenvolver uma doutrina que transcendeu os limites da guerra e passou a tratar de temas políticos, econômicos e administrativos que marcaram a vida nacional, nomeadamente pós-64. Conforme Ferreira (1979, p. 250), *“a tarefa prioritária seria formar elites para a solução dos problemas do País, em tempo de paz”*. Após 1964, a ESG vai realizar um domínio no mínimo indireto sobre o governo, doutrinando os principais agentes da burocracia do regime militar (civis e militares).<sup>35</sup>

Conceitos fundamentais do período foram desenvolvidos ou reinterpretados por meio da ESG, tais como “segurança nacional”, “desenvolvimento”, “democracia” e “guerra revolucionária comunista”.

A ESG promovia cursos voltados tanto para militares como para civis. Todos os alunos eram escolhidos pelo comando da ESG. Essa abertura aos civis tinha como objetivo, entre outros, disseminar a doutrina da “escola”. A ESG não era uma universidade, pois longe de permitir o debate crítico, tinha como objetivo doutrinar o pensamento a

---

<sup>35</sup> “É por ser um partido funcional, isto é, um grupo social com espírito e vocação de formular a ação estatal, que a ESG se tornou objeto de pesquisas acadêmicas e de críticas dos meios civis; é que a partir de 1964, tentando preencher o vazio de poder, até certo ponto expressão de uma crise pedagógica nacional, em primeiro lugar, e da progressiva desarticulação de alguns poucos grupos sociais com idênticos espíritos e vocações estatais, ela se tornou - ao nível dos grupos sociais legalmente institucionalizados -, o único que tinha um projeto (talvez só dela conhecido) e tentou impô-lo ao Governo, e por seu intermédio, à Nação.” (FERREIRA, 1979, p. 253)



partir de princípios militares. O espírito militar de comando e hierarquia eram os fundamentos pedagógicos da ESG. (FERREIRA, 1979, p. 251)

É fundamental considerar o *ethos* militar da escola, onde se excluía a noção de conflito como algo inerente à sociedade. Ou seja, no que tange aos princípios ou linhas de ação, a discordância era vista como resultado de forças antagônicas ao grupo e, portanto, patológicas.

Também é importante enfatizar a visão institucionalista da ESG. A ESG partia da existência de valores sociais permanentes, os quais eram transcendentais ao indivíduo e sedimentados com a evolução social. Tais valores espelhavam a Nação, vista como “*‘de caráter permanente e fundamental’, ‘realidade viva e estuante que se vale do Estado como instrumento institucional para alcançar seus objetivos.’*” (FERREIRA, 1979, p. 258)

A doutrina esguiana não tinha como fim o homem (ser abstrato), mas a Nação enquanto um fato histórico concreto, detentora de valores sociais supraindividuais e permanentes (FERREIRA, 1979, p. 259). Partindo da disciplina militar, na guerra há um dever de obediência à diretriz fundamental da ação. Pela lei da guerra, os atos de oposição deveriam ser combatidos. Sendo assim, a crítica a qualquer “valor social” era entendida como uma perigosa oposição à Nação, devendo ser anulada, se necessário, por mecanismos de guerra.

Em suma, percebe-se que as conexões políticas de Cavalcanti se explicam pela origem familiar, eis que filho de famílias tradicionais de Pernambuco e do Maranhão, mas, sobretudo, pela sua proximidade com líderes do movimento tenentista. À medida que os tenentes foram sendo promovidos a coronéis e generais, até mesmo ocupando lugares estratégicos nos governos, Cavalcanti foi transitando pelos sucessivos regimes políticos, dos anos 30 à ditadura pós-64.

#### 1.4. QUE TIPO DE JURISTA FOI THEMISTOCLES CAVALCANTI?

Tentaremos aqui identificar o perfil de jurista que foi Cavalcanti. Não se trata simplesmente de classificá-lo em um quadro hermético, no afã de ampliar e promover a coerência de seu pensamento ou mesmo justificá-lo. Busca-se, sim, aproximar o jurista de modelos de compreensão que auxiliem na interpretação das fontes. Os autores e suas ideias, em regra, possuem fases nem sempre marcadas pela coerência.<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> No estudo da história do pensamento político, Skinner trata da “mitologia da coerência”, que, em síntese, consiste no desafio em se evitar reconstruir o pensamento dos autores a partir de sistemas preestabelecidos e a partir de uma

Enquanto um período de instabilidade e ruptura, as tendências políticas e jurídicas da época em que viveu Themistocles Cavalcanti eram as mais diversas. Skidmore (2010, p. 41 ss) classifica as correntes e os autores em revolucionários e não revolucionários; entre aqueles os constitucionalistas liberais e os semiautoritários nacionalistas. Quanto a Themistocles Cavalcanti, o tipo ideal de que ele mais se aproxima, nesse esquema proposto por Skidmore, parece ser o de semiautoritário nacionalista.

No entanto faltou a Skidmore citar uma linhagem de autores bem característica da época: os autoritários. O pensamento autoritário também pode ser dividido entre revolucionários e não revolucionários. Entre estes, Oliveira Vianna e seu autoritarismo conservador; entre aqueles, Azevedo Amaral e Francisco Campos com seus autoritarismos do tipo “progressista” e “modernizante”.<sup>37</sup>

Propondo novos métodos de pesquisa à historiografia, a fim de auxiliar na compreensão do papel dos doutrinadores no meio jurídico latino-americano, Seelaender (2013) aponta as insuficiências da clássica distinção entre juristas “*conservadores*” e “*progressistas*”. Para tanto, o autor oferece três novos tipos ideais para analisar a relação entre doutrinadores latino-americanos e os modelos estrangeiros por eles adotados.

a) “*jurista conservador-refratário*”, com uma postura de desconfiança às “*novidades vindas de fora*”, aproveitando-as apenas em casos necessários; b) “*jurista casuístico-oportunista*”, caracterizado por um “*ecletismo de fundo*” adaptável a todas as ocasiões, com um uso estratégico do pensamento estrangeiro, pautado por um “*oportunismo*” e “*camaleonismo*” ideológico. Tipo que Seelaender denominou como

---

coerência nem sempre existente. Vide SKINNER, *Quentin. Meaning and understanding in the History of Ideas*. In: **History and Theory**. Vol. 8. n. 1. Wesleyan University; **Motives, intentions and the interpretation of texts**. New Literary History. Sobre os debates a respeito da história dos conceitos, vide **História dos conceitos: debates e perspectivas**. (Org.) Marcelo Gantus Jasmin e João Feres Júnior. Rio de Janeiro: PUC-Rio: Edições Loyola: IUPERJ, 2006.

<sup>37</sup> Vide MEDEIROS, Jarbas. **Ideologia autoritária no Brasil. 1939-1945**. Rio de Janeiro: FGV, 1978. Quanto a Francisco Campos, vide artigo de Airton Seelaender que oferece uma releitura do autoritarismo de Campos, denunciando suas “quedas” liberais, sobretudo em seus pareceres como advogado de concessionárias de serviço público. SEELAENDER, Airton. *Francisco Campos (1891-1968) – uma releitura*. In: **As formas do direito: ordem, razão e decisão**. (Org.) Ricardo Marcelo Fonseca. Curitiba: Juruá, 2013, p. 491-526.

“*jurisconsulto adaptável*”; e c) “*jurista assimilacionista-modernizante*”, “*atenado*” nas novidades estrangeiras e disposto a “*importar*” e adaptar as exitosas, até dotado de certo “*deslumbramento*”.<sup>38</sup>

Essa tipologia parece relevante, pois além de auxiliar na organização das fontes e no estudo das ideias dos autores, ajuda na definição do lugar deles no contexto político, bem como nas posições de governo.

O jurista “*conservador-refratário*” encara as mudanças inspiradas na doutrina europeia apenas como adaptações ou atualizações “*inevitáveis*” ou de extraordinária conveniência. O perfil desse jurista tenderia a ser conservador e por vezes tradicionalista, tendendo a legitimar o pré-existente naturalizando-o, mais atento em manter o direito e não inová-lo. Isso não significa que esse jurista não assente raízes no pensamento estrangeiro, mas sim que reage contra as inovações, incluindo as vindas de fora.

O jurista “*casuístico-oportunista*” é aquele adaptável a todas as ocasiões, condescendente com os mais diversos regimes políticos, comportamento que é favorecido em sociedades instáveis e em rápida transformação, como na brasileira, nomeadamente por conta da carência de agentes (“quadros”). Adota uma postura jurídica indiferente a exigências ideológicas, metodológicas e doutrinárias. Para Seelaender (2013), esse tipo ideal é particularmente útil para estudar os juristas brasileiros e latino-americanos, podendo sê-lo para analisar autores “clássicos” europeus, como Schmitt e Barthélemy.

O jurista “*assimilacionista-modernizante*” pretende uma modernização do direito assimilando modelos internacionais, não se confundindo com o dito “jurista progressista”. Sua estratégia é “*importar modelos de êxito*” e as “*novidades vindas de fora*”. Segundo Seelaender, seria o jurista “*atenado*”, que acompanha os autores estrangeiros adaptando suas ideias ao direito pátrio. Porém, nestes juristas nem tudo é deslumbramento ou ingenuidade, não raro o apego às ideias estrangeiras serviria como estratégia para adquirir prestígio pessoal e/ou posição social ou acadêmica. Acrescento, também, que essa importação e adaptação de ideias poderiam influenciar na legitimação de novas instituições, práticas e conceitos jurídicos.

---

<sup>38</sup> In. SEELAENDER, Airton. *Usos, recriações e estratégias – notas sobre a relação dos jurisconsultos brasileiros com o pensamento jurídico europeu*. 2013.

A partir da tipologia de Seelaender, Cavalcanti se aproxima mais do tipo “*assimilacionista-modernizante*”, porém em algumas fases, sobretudo no Estado Novo, talvez ele estivesse mais para “*casuístico-opportunista*”, considerando-se sua estratégia de propagação do corporativismo.

Ao encontro da tipologia formulada por Seelaender, Christian Lynch apresenta um esquema de compreensão que também parece útil a esta pesquisa.<sup>39</sup> Segundo Lynch (2015, p. 04), a cultura política brasileira tem a modernização como um dos seus temas característicos. Partindo do pressuposto de uma realidade nacional atrasada, a modernização era um imperativo, a fim de diminuir a distância em relação aos países tidos como padrão de avanço e civilização, em especial a Inglaterra, a França e os Estados Unidos. Os diferentes assuntos eram valorados e selecionados a partir do critério modernizador e as instituições e os conceitos eram importados.<sup>40</sup>

Ocorre que, se nesses países de referência as instituições deveriam acompanhar o desenvolvimento da sociedade, nos países atrasados dava-se o contrário. Aqui, as instituições não deveriam refletir o estado social (que era atrasado), mas sim agir sobre ele a ponto de modificá-lo, aproximando-o dos ideais de progresso. Havia um “*consenso de que as instituições políticas e jurídicas devem ser mais adiantadas que o estado social, para sobre ele produzirem seus salutareos efeitos modernizadores, ficando a disputa em torno do grau de maior ou menor adiantamento que elas deveriam apresentar.*” (LYNCH, 2015, pp. 04; 06).

Registre-se que essa modernização seria mais influenciada pelo trabalho de intelectuais do que pela discussão de ideias em uma arena aberta à participação política. O discurso modernizador é conduzido pela intelectualidade, vista como a expressão lúcida da sociedade, “*preenunciadores das grandes mudanças históricas e arautos da renovação nacional.*” Os intelectuais funcionavam como vozes

---

<sup>39</sup> LYNCH, Christian Edward Cyril. *Cultura política brasileira*. In. **Política no Brasil**. (Org.) Gustavo Santos e Éder Brito. São Paulo. Oficina Municipal, 2015, pp. 57-83.

<sup>40</sup> Sobre a elite intelectual no Brasil, os “*homens de pensamento*”, Oliveira Vianna dizia que viviam “*duas culturas: uma – a do seu povo, que lhes forma o subconsciente coletivo; outra – a européia ou norte-americana, que lhes dá as idéias, as diretrizes de pensamento, os paradigmas constitucionais, os critérios do julgamento político.*” (apud SILVA, 1998, pp. 138-139)

intermediárias, vistos como capazes de captar e exprimir a vontade popular. (VELLOSO, apud LOSSO, 2006, p. 24)

Quando o hiato entre estado social e instituições aumentava demasiadamente, era preciso diminuir essa distância. Uma dessas estratégias partia do atraso do “*país legal*” em relação ao “*país real*”, ou seja, as instituições estariam atrasadas em relação às necessidades e pretensões do estado social, havia, portanto, um país real atrasado em relação aos países cêntricos e com instituições anacrônicas inaptas à modernização.<sup>41</sup> Dessa constatação surgem o *pedagogismo* e as *vanguardas modernizadoras*. O primeiro pretendendo educar a população e, sobretudo, as elites para as práticas modernas; e as vanguardas, descrentes da modernização pela via liberal-democrática, propunham estratégias alternativas para desenterrar o progresso.

Essas vanguardas surgem comumente nos momentos de crise do sistema político-constitucional ante as brechas deixadas pelo vácuo de legitimidade da classe dirigente. No Brasil as mais importantes tendem a se localizar no próprio Estado, haja vista a importância da burocracia na história do país, tratando-se de uma “*tecnocracia ilustrada para servir de suporte a ação progressiva do governante*” (Lynch, 2015, p. 11). Também poderiam se situar, contudo, na sociedade civil, tais como os fazendeiros (Tavares Bastos), industriais (Azevedo Amaral), bacharéis (Ruy Barbosa) e intelectuais ligados ao partido comunista (Caio Prado Junior).

Dentre as vanguardas burocráticas, Lynch destaca aquelas centradas no governante, nos militares e no judiciário/ministério público, todas vinculadas à ideia de reformismo ilustrado. A primeira delas entendia que o próprio chefe de governo, apoiado por uma elite tecnocrática, seria o motor na modernização, privilegiando-se o executivo frente ao legislativo. À medida que ganham autonomia em relação ao governante, as corporações militares e judiciárias (magistratura e ministério público) passam a concorrer na condição de vanguarda. As primeiras, desde o final do Império e por toda a história republicana até a redemocratização; as segundas, a partir da Constituição de 1988 e do neoconstitucionalismo. (LYNCH, 2015, pp. 12-14)

Passando à análise das ideologias políticas brasileiras, Lynch destaca duas grandes tradições intelectuais: o nacional-estatismo e o

---

<sup>41</sup> Convém registrar que a tese do “*país legal e o país real*” originariamente não tinha o propósito de modernização das instituições, mas sim de manutenção das tradições políticas e sociais.

liberal-cosmopolitismo. Este baseado na crença de que a sociedade civil e o mercado devem ser os motores do desenvolvimento, reduzindo a importância do Estado; aquele, partindo da fragilidade da sociedade civil, enxerga no Estado o agente do desenvolvimento, apoiando a intervenção no domínio sócio-econômico a fim de reduzir a distância que separava o Brasil dos países cêntricos.<sup>42</sup> O nacional-estatismo tem sido, nos dois últimos séculos, a ideologia preferida das vanguardas burocráticas.<sup>43</sup>

A partir do modelo proposto por Lynch, Cavalcanti pode ser enquadrado como um integrante da vanguarda civil (bacharéis), mas que, por um período, alojou-se na vanguarda burocrática. No que tange às propostas e esquemas de compreensão do jurista, os três tipos de vanguardas burocráticas podem ser vislumbradas, em especial a governante. A magistratura é vista como vanguarda (vide a obra *À margem do ante-projeto constitucional*), assim como os militares, sobretudo pós-64 (vide as conferência do autor na ESG). Quanto à ideologia, não obstante sua simpatia ao liberalismo, Cavalcanti se aproxima, talvez circunstancialmente, ao nacional estatismo.

Em síntese, Cavalcanti fora um jurista liberal-conservador, “modernizador” quanto à reforma do Estado em direção a um maior intervencionismo e a necessidade de novas estruturas e poderes

---

<sup>42</sup> “Essa diretriz impõe, de um lado, a centralização do poder político na capital e o predomínio do Poder Executivo sobre o legislativo; de outro, o apelo ao planejamento econômico e à nacionalização de setores estratégicos da economia. Nesse caso, recorre-se inclusive à estatização e ao incentivo às indústrias, [...]” (Lynch, 2015, p. 15)

<sup>43</sup> Segundo Lynch, o nacional-estatismo teve três períodos de hegemonia. O primeiro na segunda metade do reinado de Pedro II, o segundo iniciando na Era Vargas até 1980 e o terceiro à atualidade a partir do governo de Luiz Inácio Lula da Silva. O segundo período é assim subdividido: “a) a chamada era Vargas, quando se deu o entrecruzamento autoritário do nacional reformismo de Alberto Torres com o industrialismo de Roberto Simonsen e o sindicalismo corporativo de Oliveira Vianna (1930-1945); b) o período da república democrática de 1946, quando o modelo varquista foi adaptado pela coalizão centro-esquerda que sustentou o segundo governo Vargas e JK, como um “nacional-desenvolvimentismo” teorizado pelos intelectuais como Hélio Jaguaribe, Guerreiro Ramos e Celso Furtado, que acabou colapsando pela radicalização das esquerdas sob o governo Goulart (1945-1964); e c) o período do regime militar, quando o nacional-estatismo em versão autoritária (embora associado ao capital estrangeiro) encontrou o seu apogeu, durante as presidências de Emílio Médici e Ernesto Geisel (1964-1979)”. (2015, p. 16)

administrativos. Porém, conservador por seu elitismo político e defesa, mesmo que implícita, do corporativismo. Descrente em relação à herança da Primeira República, o jurista esforçou-se em importar e adaptar conceitos e instituições dos países considerados modernos a fim de impulsionar a modernização do “atrasado” “*país real*”.

Por fim, também é possível identificar em Cavalcanti elementos de um “intelectual orgânico”. Segundo Gramsci (1982, p. 03-04):

[...] cada grupo social, nascendo no terreno originário de uma função essencial no mundo da produção econômica, cria para si, ao mesmo tempo e de um modo orgânico, uma ou mais camadas de intelectuais que lhe dão homogeneidade e consciência da própria função, não apenas no campo econômico, mas também no social e no político: [...].

Tal intelectual, na visão gramsciana, é um agente da superestrutura, seja para manter a atual ou para construir uma nova, relacionado-se com elites pré-existentes ou aquelas em ascensão. Sua organicidade decorre de seu comprometimento na formulação ou divulgação de ideias que influam na dinâmica política.

Como visto, Cavalcanti ascende no cenário jurídico a partir da Revolução de 1930 e alinhado com o movimento tenentista. Tal revolução, pelo menos ideologicamente, pretendia refundar o país tanto na infraestrutura como na superestrutura. As obras de Cavalcanti são marcadas pela releitura e concepção (importação) de conceitos que estão diretamente ligados às circunstâncias políticas, seja para justificar a Constituição de 1934, recepcionar o regime de 1937 e criticar a Constituição de 1946. Ademais, sua atuação na ESG nos anos 50 e 60, combinada com sua nomeação a Ministro do STF e manutenção na Corte mesmo após o expurgo promovido pelo Ato Institucional n.º 5,<sup>44</sup> são indicativos razoáveis de que o jurista era, no mínimo, alguém simpático ao *establishment*.

---

<sup>44</sup> O Ministro Victor Nunes Leal não teve igual “sorte” e foi aposentado compulsoriamente após o AI-5. Sobre as transformações no STF durante a ditadura militar, vide Koerner, 2013, pp. 527-568.

## 1.5. THEMISTOCLES CAVALCANTI E A IDEOLOGIA AUTORITÁRIA

Mesmo tendo afirmado seu distanciamento e até mesmo um suposto asco à política, Cavalcanti sempre esteve cercado por políticos. Sustentava que sua relação com a política era eminentemente de ordem técnica, chegando ao ponto de ofertar a distinção entre “*participar*” e “*colaborar*” (vide anexo). A “participação” era de ordem técnica e isenta de responsabilidade política; a “colaboração” era de ordem ideológica e solidária aos objetivos políticos. O autor assume que participou, mas nunca colaborou com nenhum governo.<sup>45</sup> Essa postura avessa à interferência política no mundo jurídico também era reforçada pela geração de juristas a que Cavalcanti pertenceu.

Como visto, em 1978, Cavalcanti abordando alguns “*tópicos de uma história política*”, defendeu o tenentismo (e por tabela se defendeu) de acusações que afirmavam que o movimento tinha intenções socialistas. No mesmo texto procurou refutar a adesão tenentista ao Estado Novo, bem como justificar sua participação técnica no regime de exceção.<sup>46</sup>

Essa adesão técnica de Cavalcanti aos regimes ditatoriais (1937 e 1964), somado ao seu “horror” à política e seu entusiasmo aos conselhos técnicos na perspectiva corporativista (tema que será tratado alhures), possibilita aproximar o jurista do que Bolívar Lamounier denominou como “*ideologia de Estado*”, sobretudo no aspecto do “*objetivismo tecnocrático*”.<sup>47</sup>

A “*ideologia de Estado*” é um esquema formulado por Lamounier a fim de compreender o pensamento político brasileiro do pós-30, fundado na crítica à Primeira República. Quanto ao “*objetivismo tecnocrático*”, consistia no mito da racionalidade técnica em substituição à irracionalidade política, ou seja, na crença de que a

---

<sup>45</sup> Não raro a política precisa de agentes técnicos sem “vícios” políticos. Em determinados temas e/ou momentos o político precisa do não político, até porque, melhor do que ninguém, receia as consequências daqueles “vícios”, sobretudo os seus.

<sup>46</sup> Sobre as afinidades eletivas entre liberais e o regime autoritário pós-1937, vide CODATO, Adriano. **Classes dirigentes e fórmula política: afinidades eletivas entre o liberalismo e o autoritarismo no Brasil**. <[https://www.academia.edu/4114859/Classes\\_dirigentes\\_e\\_f%C3%B3rmula\\_pol%C3%ADtica\\_afinidades\\_eletivas\\_entre\\_o\\_liberalismo\\_e\\_o\\_autoritarismo\\_no\\_Brasil](https://www.academia.edu/4114859/Classes_dirigentes_e_f%C3%B3rmula_pol%C3%ADtica_afinidades_eletivas_entre_o_liberalismo_e_o_autoritarismo_no_Brasil)>, acesso em 25.01.2016.

<sup>47</sup> Sobre as relações entre direito e ideologia, vide WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 4. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2003.



política poderia ser conduzida por princípios racionais externos, um saber científico mais seguro e eficaz do que a deliberação pública, combinando-se doses de positivismo e de institucionalismo. Assim, a política consistia não em um pacto ou balanceamento de interesses divergentes, mas em uma opção objetivamente técnica respaldada em um ato de vontade superior aos interesses envolvidos. (LAMOUNIER, 1978, pp. 364-366).

Maria Forjas enfatiza a presença dessa ideologia e desse objetivismo nos meios tenentistas, em especial nas propostas de criação de conselhos técnicos para assessorar órgãos do governo.<sup>48</sup> Para a autora, tais conselhos técnicos, verdadeiros *leitmotiv* do projeto tenentista, serviriam para “despolitizar” a política, “converter os problemas de política em problemas de administração” (FORJAS, 1988, p. 75-77). Cavalcanti era um braço civil do movimento tenentista e se manteve próximo aos seus principais líderes por toda vida, o que reforça a tese de que o autor pode ser analisado também à luz da “ideologia de Estado” e do objetivismo tecnocrático.

Analisando o pensamento de autores que contribuíram na construção de uma ideologia autoritária no Brasil (Francisco Campos, Alberto Torres, Oliveira Vianna e Azevedo Amaral), Ricardo Virgílio da Silva também destaca o caráter tecnocrático e o apelo à ciência e à técnica como princípios de legitimação a partir da hipertrofia e do protagonismo do Poder Executivo, composto por uma “*elite científica*”.<sup>49</sup> Conforme Vianna, “em toda a parte a competência técnica

---

<sup>48</sup> Conforme consta no Programa Revolucionário de Reconstrução Política e Social do Brasil, elaborado pelo Clube 3 de Outubro, “[...] *propor soluções acertadas aos problemas nacionais; assegurar a continuidade da administração pública; garantir o funcionamento autônomo dos três poderes e o equilíbrio federativo [...]*”.

<sup>49</sup> *Mutatis mutandis*, Habermas oferece uma interessante análise a respeito da técnica como ideologia e dominação das massas, notadamente após o surgimento do fenômeno intervencionista do Estado. Quando a técnica é incorporada à política, aquela acaba por absorver esta, esvaziando a esfera pública, centralizando as decisões em órgão técnicos, despolitizando a população, bem como criando um ambiente favorável à tecnocracia. “*Marcuse está convencido de que, naquilo que Max Weber chamou “racionalização”, não se implanta a “racionalidade” como tal, mas, em nome da racionalidade, uma forma determinada de dominação política oculta. [...] Por conseguinte, a “racionalização” das relações vitais segundo critérios desta racionalidade equivale à institucionalização de uma dominação que, enquanto política, se torna irreconhecível: a razão técnica de um sistema social de ação racional*

vai substituindo a competência parlamentar.” (apud SILVA, 1998, p. 129). Ademais, o Estado autoritário era visto como uma condição necessária à reforma social.

O objetivismo tecnocrático presente no Estado Novo era instrumentalizado pelo discurso sociológico; já no período de redemocratização ele foi instrumentalizado pelo discurso tecnoeconômico (Eugênio Gudin e Roberto Campos), cuja ciência econômica serviria como a base da dominação estatal. Em ambos os casos havia um apelo à ciência, e às formas de mobilização da sociedade, em especial dos setores populares, eram vistas como irracionais, eis que o povo-massa era incapaz de exercer a política (SILVA, 1998, pp. 08; 11; 162). Em sua essência, a ideologia do Estado autoritário no Brasil consistia na negação da soberania popular.

Tal ideologia se caracterizava pelo elitismo político, reservando às massas apenas a função de objeto da ação política. Em especial, a

---

*dirigida a fins não abandona o seu conteúdo político. [...] Na medida em que a actividade estatal visa a estabilidade e o crescimento do sistema económico, a política assume um peculiar carácter negativo: orienta-se para a prevenção das disfuncionalidades e para o evitamento dos riscos que possam ameaçar o sistema; portanto, a política visa não a realização de fins práticos, mas a resolução de questões técnicas. A isto de referiu Claus Offe na sua comunicação ao Congresso Nacional de Sociologia celebrado este ano em Francoforte. [...] Offe observa que a actividade estatal, em virtude desta orientação para a acção preventiva, se restringe a tarefas técnicas resolúveis administrativamente, de forma que as questões práticas ficam de fora. Os conteúdos práticos são eliminados. A política de velho estilo, já só pela forma que tinha da legitimação da dominação, estava obrigada a definir-se em relação a fins práticos: as interpretações da ‘vida boa’ referiam-se a relações de interacção. [...] Pelo contrário, o programa substitutivo hoje dominante dirige-se só ao funcionamento de um sistema regulado. Exclui as questões práticas e assim a discussão acerca de critérios que só poderiam ser acessíveis à formação da vontade democrática. A solução de tarefas técnicas não está referida à discussão pública. As discussões públicas poderiam antes problematizar as condições marginais do sistema, dentro das quais as tarefas da actividade estatal se apresentam como técnicas. A nova política do intervencionismo estatal exige, por isso, uma despolitização da massa da população. E, na medida em que há exclusão das questões práticas, fica também sem funções a opinião pública política. [...] O programa substitutivo legitimador da dominação deixa em aberto uma decisiva necessidade de legitimação: como tornar plausível a despolitização das massas a estas mesmas massas? Marcuse poderia responder que assim a ciência e a técnica adoptam também o papel de uma ideologia”. (HABERMAS, 2006, pp. 46; 71-72)*

elite intelectual deveria subsidiar a política governamental, compondo uma autêntica tecnocracia.<sup>50</sup> Daí a importância dada pelos autores da ideologia autoritária aos conselhos técnicos como órgãos dotados de amplos poderes na elaboração e implementação das políticas estatais e compostos por “*homens notáveis*” (VIANNA apud SILVA, 1998, pp. 139; 139; 140).<sup>51</sup> Azevedo Amaral também era simpático aos conselhos técnicos na composição de um Executivo forte e como suportes de um governo técnico. (SILVA, 1998, p. 180).

É no interior dos Conselhos Técnicos que os representantes das diferentes corporações podem comunicar aos técnicos do governo suas reivindicações, nutrindo as iniciativas governamentais de informações especializadas capazes de lhes dar maior eficácia legislativa e executiva. (SILVA, 1998, p. 180).

Como integrante da ideologia autoritária no Brasil, Azevedo Amaral destacou-se como um pensador que procurou aliar tecnocracia com planificação econômica capitalista, cuja “*modernidade era sinônimo de industrialização*”. (SILVA, 1998, p. 150). Propondo a industrialização como a alternativa à crise brasileira, advogava a presença do Estado naquelas atividades indispensáveis à construção de

---

<sup>50</sup> Ricardo Virgílio da Silva diferencia o burocrata do tecnocrata, tal diferenciação é funcional para mostrar que uma não depende da outra. “*O comportamento do burocrata consiste mais em obedecer e seguir determinadas regras, em executar determinadas funções preestabelecidas nos estatutos que definem seu cargo, do que na invenção, na elaboração e no mando. [...] A tecnocracia, por seu turno, designa uma categoria social detentora do monopólio do poder em determinadas esferas institucionais. Mas o que acima de tudo especifica o fenômeno da tecnocracia é o modo pelo qual o tecnocrata justifica e busca legitimar o poder que detém. Ele o faz pela afirmação de seu domínio do saber técnico e científico. Ciência e técnica são, assim, convertidas em recursos de poder; e é a dominação fundamentada no monopólio da ciência e da técnica que constitui o fenômeno da tecnocracia.*” A tecnocracia é voltada à elaboração de políticas justificadas na ciência e na técnica, afastando o debate na esfera pública já que ao alcance somente de poucos “cientistas”. (1998. pp. 225; 226).

<sup>51</sup> Entretanto, essa primeira geração autoritária não dispensava o “gênio político”, responsável por coordenar as oligarquias com as elites técnicas.

uma infraestrutura industrial; essa planificação adotaria os moldes do Estado corporativo. (SILVA, 1998, p. 141)<sup>52</sup>

Para Amaral, deveriam ser fortalecidas as competências administrativas a fim de aumentar suas prerrogativas executivas, bem como intervir da elaboração legislativa, “*cada vez mais acentuadamente técnica*” e “*imprópria às assembléias promiscuas.*” (apud SILVA, 1998, p. 179). Guardadas as devidas proporções, Alberto Torres também era um entusiasta da intervenção estatal até mesmo como condição necessária para a organização da nação (SILVA, 1998, p. 146), e que não deve ser confundido como mais um dos autoritários.

Tudo isso conduziu a uma releitura do liberalismo. Depois da crise de 1929, em vários países, surgiu uma tendência nos círculos intelectuais no sentido de rever alguns postulados do pensamento liberal. Tais ideias foram absorvidas pela intelectualidade nacional. Os intelectuais do Estado autoritário assimilaram e replicaram a tese de que a intervenção estatal na economia era a única alternativa eficaz para a superação da política econômica liberal. Ao liberalismo econômico, respondiam com maior intervenção do Estado como a única alternativa para o desenvolvimento do país; ao político, respondiam com a contestação ao sufrágio universal. (SILVA, 1998, p. 146).

Após o Estado novo a ideologia autoritária forçou-se a uma releitura, que no entender de Ricardo Virgolino da Silva pode ser compreendida a partir das obras de Eugenio Gudín e Roberto Campos. A conjuntura desses autores é a primeira metade dos anos 1960, avançando nas décadas posteriores. Muito embora cultivando a auto-imagem de economistas “liberais”, acabaram por promover a continuidade da ideologia dos sociólogos antiliberais, sobretudo na crítica à democracia, porém a partir de um léxico econômico que, para os fins desta pesquisa se mostra pouco útil. Mas o importante é registrar que a ideologia autoritária dos anos 1920 e 1930 manteve-se nas décadas posteriores, no subtexto do período de redemocratização e escancarada no pós-1964.

Em síntese, o pensamento autoritário construído no Brasil revelava as seguintes características: a) corporativismo estatal; b) Conselhos Técnicos ante a ascensão da tecnocracia e a necessidade de um Executivo forte; c) ação estatal a fim de moldar a sociedade, a partir de uma lógica elitista “*de cima para baixo*”. Essa ideologia do Estado autoritário procurava legitimar: a) a supremacia do Estado sobre a

---

<sup>52</sup> Para Ricardo Virgolino da Silva, “*O corporativismo é uma das dimensões do Estado autoritário, [...]*”. (1998, p. 179)

sociedade; b) a prevalência do Executivo sobre os demais poderes; c) no interior do Executivo, a dominação da tecnocracia. (SILVA, 1998, pp. 183; 227)

Pois bem, a partir da análise empreendida por Ricardo Virgílio da Silva será possível perceber que as ideias defendidas por Cavalcanti em muito se aproximavam da ideologia autoritária identificada por Silva.

Por exemplo, além do entusiasmo pelo corporativismo e pelos conselhos técnicos como uma constante em sua obra, é possível apontar a visão de Cavalcanti a respeito da “nova” técnica legislativa, que deveria ser partilhada entre o Legislativo e o Executivo, ampliando as competências deste último. O tema da delegação legislativa vai ao encontro dessa objetividade técnica, alheia às “confusões” da política. Essa ampliação do poder normativo também reflete certa desconfiança pelo parlamento e suas potenciais (e perigosas) influências “populares”. Ante as circunstâncias, um assumido liberal seria forçado a contribuir para uma releitura da clássica teoria da separação de poderes, confiando ao Executivo o protagonismo naquele momento crucial para a “modernização” do país.<sup>53</sup>

Fizemos aqui uma análise sobre a vida do autor, suas origens familiares, conexões políticas, redes de amizade e trajetória profissional, buscando classificações que nos auxiliassem a situá-lo ideologicamente. No terceiro capítulo serão examinadas as fontes, selecionadas pelos períodos de 1930 a 1937, 1937 a 1946, 1946 a 1964, buscando-se, então, investigar como o autor concebeu e, eventualmente, reviu suas ideias, e por meio de sua doutrina influenciou na reformulação de alguns temas do direito público brasileiro, sobretudo aqueles afetos às delegações legislativas.

Entretanto, antes do mergulho na obra de Cavalcanti, serão investigados alguns juristas contemporâneos ao autor, a partir dos conceitos relacionados ao objeto desta pesquisa. Tal propósito não consistirá em uma ampla análise do contexto conceitual e linguístico, mas apenas uma singela análise a fim de detectar traços que possam aproximar ou distanciar as ideias de Cavalcanti em relação a alguns autores particularmente influentes na época (Francisco Campos, Victor

---

<sup>53</sup> Conforme Oliveira Vianna, “*O homem-de-estado vê em conjunto; o técnico vê em detalhe.*” (apud SILVA, 1998, p. 144). Essa lógica muito se assemelha à divisão da técnica legislativa defendida por Cavalcanti, separando *política legislativa* de *técnica legislativa*. (vide capítulos 2 e 3).

Nunes Leal e Bilac Pinto) e burocratas entusiastas do fenômeno intervencionista (Djacir Menezes).

## 2. O CONTEXTO DOUTRINÁRIO

Depois de feita a análise do contexto histórico de Themistocles Cavalcanti, bem como o estudo sobre a origem familiar, a trajetória profissional, as conexões políticas e a tentativa de um enquadramento típico do jurista, antes de adentrar na análise de sua doutrina é útil a esta pesquisa verificar o contexto linguístico e o quadro de conceitos em que o autor se inseria. Emprestando a afirmação de Tiago Losso à análise do direito, “*As idéias precisam de seu contexto, portanto, e a compreensão de seus significados deve ser histórica.*” (2006, p. 16). Por esse motivo emerge a importância em se inserir as fontes em seu contexto a fim de aferir os limites impostos pela linguagem política e jurídica.<sup>1</sup>

Além dos fatores econômicos e políticos é preciso colher do contexto as preocupações dogmáticas, os referenciais teóricos e, sobretudo, as palavras que circulavam no meio jurídico da época vivida por Cavalcanti.

Não se pretende fazer da obra de Themistocles a causa (a razão de ser) do modelo jurídico e político da época. Ao se trabalhar com a história das ideias corre-se o risco de atribuir a causa dos eventos políticos às ideias políticas. Ou seja, partir da premissa de que as ações políticas são sempre motivadas pelos princípios teóricos usados para racionalizá-las, o que não é bem assim. Fazer história das ideias/conceitos não é apenas se debruçar em textos canônicos, mas investigar a linguagem jurídica e política, constantemente em transformação, em que as sociedades dialogam com si mesmas (POCOCK apud SKINNER, 1999, p. 85).

---

<sup>1</sup> Marcelo Gantus Jasmin reconhece a possibilidade em se conjugar as metodologia de Quentin Skinner (contextualismo linguístico) com a de Reinhart Koselleck (história dos conceitos) “[...] a correta compreensão de uma idéia ou teoria só poderia se dar pela sua apreensão no interior do contexto em que foram produzidas. Resulta também que o objeto da análise historiográfica é deslocado da idéia para o autor, do conteúdo abstrato da doutrina para a ação ou performance concreta do ator num jogo de linguagem historicamente dado.[...] o trabalho de explicação conceitual quer precisar as proposições passadas em seus termos próprios, tornando mais claras as ‘circunstâncias intencionais contemporâneas’ em que foram formuladas (Idem, p. 79). É esta direção contextualista que permite uma aproximação teórico-metodológica com as perspectivas desposadas por Skinner e Pocock. [...] Por isso a necessidade de se estabelecer os conceitos que constituem os vocabulários - campos semânticos ou domínios linguísticos – dessa ou daquela linguagem política e social, relacionando o seu uso na discussão política, social e econômica com os grupos que os sustentam ou os contestam.” (JASMIN, 2005, p. 28; 32).

Muito embora os conceitos jurídico-políticos não sejam necessariamente a causa dos fatos históricos, mas muitas vezes a racionalização ou a legitimação dos acontecimentos, eles ajudam a definir os limites de compreensão da história (SKINNER, 1999, p. 86).

Conforme Skinner:

[...] o que é possível fazer em política é geralmente limitado pelo que é possível legitimar. O que se pode esperar legitimar, contudo, depende de que cursos de ação podem-se plausivelmente alcançar sob princípios normativos existentes. Mas isto implica que, mesmo que seus princípios professados nunca operem como seus motivos, mas apenas como racionalizações de seu comportamento, eles não obstante vão ajudá-lo a moldar e limitar quais linhas de ação você pode seguir com êxito. Portanto, não podemos deixar de invocar a presença desses princípios se desejamos explicar por que certas políticas são escolhidas em determinadas épocas e são então articuladas e seguidas de maneiras específicas.

Há sempre uma motivação no ato de escrever, seja política, econômica ou mesmo afetiva. No que tange aos textos políticos - e poderiam também se incluírem os jurídicos -, essa motivação (esse contexto político e econômico) é de fundamental importância para analisar a expectativa de intenção do autor. O texto tem um contexto que lhe promove um “*sentido original*” de pertencimento a uma época, uma coerência e uma aceitação. No entanto o texto será reiteradamente relido, portanto, reinventado a partir de outros contextos. Por óbvio que jamais se saberá o que passava no espírito do autor quando escrevia. No entanto, não se pode abstrair o autor de suas influências e dos desafios de sua época. O sujeito é influenciado pelo seu contexto e este deve ser definitivo para se detectar a intenção do autor. (SILVA, 2010, *passim*)

Como disse Skinner “[...] o que é possível fazer em política é geralmente limitado pelo que é possível legitimar” e essa máxima também se estende ao direito. Os personagens históricos lidam com os desafios de suas épocas, que, ao mesmo tempo possibilitam, condicionam e promovem sentido às ações e às ideias. Ou seja, há uma limitação contextual que não é somente política e econômica, mas lingüística e conceitual. Portanto, o que Cavalcanti escreveu adquire



significado e motivação a partir do contexto vivido, mas, além disso, estava limitado pelo universo conceitual que lhe era disponível à época.

No estudo dos conceitos é preciso estabelecer uma relação de pertinência, o que vale dizer, nenhum autor se encontra insulado, mas compartilha com outros autores o contexto social e linguístico, comungando muitas vezes de um vocabulário comum, terminologias, referenciais teóricos e conceitos-chave.

Para tanto serão estudados temas pontuais de alguns publicistas da época a fim de possibilitar um estudo comparado que permita aferir até que ponto Cavalcanti inovou (ou não) em seus escritos. Levando-se em consideração a problemática desta pesquisa, a obra dos autores doravante estudados será investigada apenas no que tange ao quadro conceitual envolvendo a delegação legislativa e a separação de poderes. Inicialmente serão abordados artigos, depois pareceres e, ao final, manuais sobre a matéria, respectivamente do contexto do Estado Novo e do pós-1946.

Os autores estudados, como Francisco Campos, cada um a sua maneira refletem uma tradição intelectual voltada à ação política, a fim de influir nos acontecimentos de sua época (LAMOUNIER, apud LOSSO, 2006, p. 33). Todos eles em alguma medida eram intelectuais orgânicos. Não se olvida a importância de autores como Oliveira Vianna e Azevedo Amaral na condução do léxico político da época, porém preferiu-se a escolha de juristas contemporâneos a Themistocles Cavalcanti a partir de uma análise imediatamente voltada ao direito público e à problemática desta pesquisa.

Foram selecionados juristas influentes da época, tanto no meio político como no acadêmico, tais como Francisco Campos, Victor Nunes Leal e Bilac Pinto, bem como personagens de menor relevo, mas que de alguma forma buscaram influenciar nos debates jurídicos da época, como é o caso de Djacir Menezes.

O objetivo será demonstrar como um campo conceitual (delegação legislativa) possui autonomia em relação aos textos constitucionais. Muito embora presente já no contexto da Primeira República, a ideia de delegação se fortalece nos anos 30 e no pós-1946 permanece, mesmo diante de expressa proibição constitucional. Inclusive essa doutrina vai forçar a interpretação da Constituição de 1946 a ponto de surgir uma emenda abrindo possibilidades para a delegação. Cavalcanti é um dos autores que sustentará essa doutrina nos diferentes momentos constitucionais, ora a partir e ora apesar da Constituição, mas ele não estaria sozinho nessa empreitada.

## 2.1. ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

Nesse item serão tratados artigos da lavra de Francisco Campos (contexto do Estado Novo) e de Victor Nunes Legal (contexto da redemocratização).

Francisco Campos foi um dos principais juristas do século XX no Brasil, ao lado de autores como Oliveira Vianna, Julio de Castilhos e Alberto Torres é assimilado como um dos grandes nomes do pensamento antiliberal (autoritário).<sup>2</sup> Alinhado em sua crítica ao modelo liberal, sua proposta de Estado também era antiliberal, pelo menos no período em que o autor adaptou-se ao figurino autoritário.

Para ele a liberdade liberal era “*liberticida*”, legitimava o domínio dos fortes sobre os fracos, enquanto o Estado liberal presenciava, inerte, esse massacre. A alternativa antiliberal deveria ser o “Estado novo”, cuja economia não seria apenas “*uma ordem das coisas, mas das pessoas, e, por conseguinte, e por definição, uma ordem justa*”. (CAMPOS, 2001, p. 194).

O Estado Novo, institucionalizado pela Constituição de 1937, era um tipo de modelo que representava o meio termo entre o Estado liberal e o Estado totalitário. “*Autoritário, em definição e conteúdo, o Estado novo é adequado à índole da nação, pois associa à força o direito, à*

---

<sup>2</sup> Entretanto o Francisco Campos ministro do Estado Novo era diferente daquele Francisco Campos advogado de empresas concessionárias, sobretudo em seus pareceres com contornos liberais. “*Tanto naquele período quanto no que se seguiu à Revolução de 30, os escritos de Campos como homem público e jurisconsulto tendiam a defender o nacionalismo, o antiformalismo, a supremacia do interesse público e do direito que o regia. Posteriormente, em pareceres favoráveis a empresas, haveria uma relativização de tais inclinações. [...] O parecerista dos anos 50 e 60 nem sempre revelava, tampouco, o teórico e legislador nacionalista dos anos 30. Em benefício de seus clientes, Campos soube contornar criativamente normas destinadas a diminuir a influência estrangeira no mercado de seguros. E não hesitou em defender - contra o texto da Constituição vigente - a atuação estrangeira em empresas do setor periodístico. [...] Na defesa de sua clientela, o jurista mineiro não falhava, nem mesmo quando pretendia demonstrar que altas multas impostas ao público decorriam do interesse público. [...] As fontes aqui analisadas, em suma, não parecem reforçar a visão usual de Campos como expressão de um autoritarismo monolítico e de um autoritarismo sistemático. Pelo contrário, revelam um jurista extremamente adaptável às circunstâncias políticas e econômicas - sem compromissos definitivos nem com ortodoxias doutrinárias, nem com movimentos políticos, nem com os interesses de sua classe de origem. Um jurisconsulto adaptável - como tantos outros em nossa história.*” (SEELANDER; CASTRO, 2010, pp. 317; 318; 319)

*ordem a justiça, à autoridade a humanidade*". Esse "Estado Novo" não era um modelo transplantado, mas nascido a partir das idiossincrasias do país, conciliando "*o peculiar clima liberal das Américas às duras contingências da vida contemporânea*". Um modelo institucional que substituiu a política dos estados pela política da Nação, distanciando-se da demagogia da democracia formal (liberal) e da autocracia totalitária. (CAMPOS, 2001, pp. 199; 205).

Por intermédio do líder, a Nação poderia, enfim, ter uma *vontade*, bastava agora ter uma *forma* e esse corpo era o *Estado Novo corporativo*. Sem o Estado Novo a Nação não canalizaria sua vontade em direção à ordem e ao progresso. (CAMPOS, 2001, p. 199)

Francisco Campos se alinha a esse pensamento corporativista do Estado.<sup>3</sup> O Estado Novo era corporativo e o corporativismo era o remédio à desregulamentação do liberalismo econômico, consequentemente, evitava o comunismo. O *materialismo histórico* poderia ser evitado pelo engenho político e institucional, desde que a anarquia liberal fosse contida. O Estado corporativo evitaria a anarquia liberal e o socialismo. (CAMPOS, 1946, p. 315)

O Estado corporativo seria o regulador dos interesses econômicos representados pelas corporações. O modelo corporativo representava a descentralização econômica, deixando à própria produção o poder de autorregulação (tecnicismo), à medida que o Estado delegaria funções de poder público às corporações. Cada corporação representaria um setor da economia nacional e competiria somente ao Estado representar os interesses nacionais e exercer um papel de árbitro entre os diferentes interesses da economia nacional, representados pelas corporações. Essa arbitragem visava a garantir os interesses nacionais, conciliando os interesses econômicos, e caberia ao Estado o papel de conciliar os conflitos entre capital e trabalho. O Estado liberal não fazia essa necessária arbitragem, portanto, fomentava o predomínio do interesse dos economicamente fortes sobre os fracos e isso representava a antessala do comunismo.

Campos dizia que o corporativismo era inimigo do liberalismo e não da liberdade eis que ele garantiria a liberdade, mas no interior da corporação. O indivíduo tinha liberdade enquanto membro da corporação e a corporação tinha sua liberdade enquanto parte submetida ao Estado. A liberdade do indivíduo encontrava limites na liberdade da

---

<sup>3</sup> Também é possível sustentar a tese de que o pensamento corporativista de Oliveira Vianna influenciou em parte as propostas de Francisco Campos. (MEDEIROS, 1978, pp. 185; 188)

corporação (interesse do setor econômico) que, por sua vez, era limitada na liberdade definida pelo Estado (interesse da Nação).<sup>4</sup> (CAMPOS, 1946, p. 316)

O Estado corporativo tinha os olhos voltados à economia, pois continha a livre concorrência. Essa, no modelo liberal, era uma corrida desenfreada, visando apenas a objetivos particularistas em detrimento dos interesses da Nação. A organização corporativa, ao contrário, proporcionava a livre concorrência para todos, garantindo o bem comum. (CAMPOS, 1946, pp. 317; 318)

Para Campos, a democracia de massa se tornou incompatível com a *discussão* como técnica da política, banindo o sistema liberal parlamentar. A nova sociedade de massas tinha polarizado e radicalizado os conflitos sociais, então o novo conceito de democracia encontraria na *decisão* sua adequada técnica política. “*As formas parlamentares da vida política são, hoje, resíduos destituídos de qualquer conteúdo ou significado espiritual. [...] O centro de gravidade do corpo político não cai onde reina a discussão, mas onde impera a vontade*”. (CAMPOS, 2001, pp. 33; 34).

A sociedade de massas conduziu ao aumento das tensões sociais e os meios liberais eram insatisfatórios para atender a esses conflitos. O

---

<sup>4</sup> O conceito de liberdade no Estado Novo não é muito bem definido na obra de Campos, é entendido muito mais como negação do conceito liberal. O autor em vários momentos enfatiza a total inadequação histórica da liberdade liberal, bem como sua incompatibilidade com o ideal democrático. A liberdade até então fora apenas um mecanismo retórico para fortalecer o interesse dos fortes em detrimento dos fracos e fomentar a desigualdade social e a segregação da Nação. A liberdade também serviu para enfraquecer o Estado fortalecendo as organizações econômicas sem se atentar aos interesses da Nação. As organizações econômicas, sob a égide da liberdade, estavam desregulamentadas, tornando-se um poder arbitrário. O propósito do modelo corporativo não era anular a liberdade, mas regulamentá-la em direção aos interesses nacionais. A liberdade na corporação evitaria a arbitrariedade desregulamentada das organizações sociais, naturalmente pautadas pelo interesse privado. A liberdade na corporação é a liberdade pautada pelo interesse nacional e não uma liberdade direcionada a objetivos egoísticos. É possível concluir que a liberdade no pensamento de Campos é a liberdade sob o limite da corporação, que por sua vez está limitada pelo “justo” arbitramento do Estado, a quem cabe conciliar os diferentes interesses sociais e econômicos em torno do “supremo” interesse da Nação. Ele procura afirmar a autoridade estabelecendo maiores limites à liberdade por meio da corporação e do Estado. (CAMPOS, 1946, pp. 313-314)

liberalismo partia da normalidade social, mas aqueles tempos eram de anormalidade. O sistema liberal era inadequado a esses novos conflitos, baseado na ideia de que a discussão racional conduziria à decisão, ele não fazia mais sentido naquela época “trágica” e de decisões urgentes. Para o autor, era possível manter a democracia, mas não pela técnica liberal (ex. substituir ou restringir o sufrágio universal pela aclamação plebiscitária). As massas pediam o irracional, materializado pelo César, não havendo a necessidade de intermediários. Por isso a necessidade do voto aclamação, o sistema plebiscitário e a decisão inapelável do líder. (SANTOS, 2007, pp. 306-308; 311; MEDEIROS, 1978, p. 27; CAMPOS, 2001, p. 109)<sup>5</sup>

Do ponto de vista da finalidade da democracia, Campos parte do conceito de “*democracia substancial*”. A democracia possível em uma sociedade de massas seria aquela onde existisse um Estado presente e atuante na vida social, “*O futuro da democracia depende do futuro da autoridade*”. Uma democracia dotada de um Estado forte e centralizado, apta para conter os excessos democráticos e as ausências liberais, fundada nas noções de autoridade e de unidade nacional. (SANTOS, 2007, p. 292).

O núcleo do conceito de “democracia substancial” é a construção da *unidade nacional*. A unidade nacional representaria um combate à democracia liberal baseada na pluralidade de partidos políticos. Esse modelo liberal redundava na fragmentação da unidade política da Nação, pois transformava o parlamento em uma arena de disputas partidárias privadas, em detrimento dos interesses nacionais. A democracia liberal (parlamentar e pluripartidária) nada mais era do que um regime individualista e separatista. (SANTOS, 2007, p. 292).

A resposta seria uma democracia destituída de partidos políticos, sem dissidências partidárias e voltada para uma “democracia nacional” que articulasse e unisse o país nas suas diferentes classes, regiões e

---

<sup>5</sup> “*O regime político das massas é o da ditadura [...] Não há hoje um povo que não clame por um César*”. (CAMPOS, 2001, pp. 23; 24). No contexto conceitual da época era comum encontrar análises que viam na ditadura a única alternativa, pelo menos inicial, à democracia capitalista. Laski, refletindo sobre a crise da democracia na Inglaterra e a decadência das instituições representativas, consignou que: “*Ya hemos estudiado hasta aquí, en términos generales, el carácter de la crisis en la cual se encuentra envuelta la democracia capitalista. [...] La reorganización es esencial; pero nadie, salvo aquellos que aceptan la necesidad de la dictadura, sabe las líneas que debe seguir esta reorganización.*” (LASKI, 1950, p. 57)

projetos, em torno de um único objetivo comum nacional. Para tanto, mais uma vez surge o conceito cesarista de democracia-ditatorial, centrado na figura do líder aclamado. O centro da organização política, ao contrário do proclamado pela teoria liberal, se assentaria no Presidente da República e no Poder Executivo. (CAMPOS, 2001, p. 193)

É possível complementar esse núcleo do conceito de “democracia substancial” com mais um elemento, qual seja, o atendimento do que Campos chamava de “*ideal democrático*”. A Carta de 1937 seria aquela que melhor realizaria os ideais democráticos. Tal fato somente não seria compreendido por aqueles que tivessem o estreito olhar em acreditar que a única democracia era a liberal. A “*máquina democrática*” - concebida pelos ideais liberais -, jamais conseguiu atingir o “*ideal democrático*”. (CAMPOS, 1946, pp. 330-331)

O ideal democrático representava o fim dos privilégios sociais. Todos deveriam ter acesso “*aos bens materiais e morais com que os progressos da civilização teem concorrido para tornar a vida humana mais agradável e melhor*”, e isso implicava uma intervenção do Estado cada vez mais intensa.<sup>6</sup> Esse ideal deveria ser alcançado independentemente dos meios propagados pelo Estado liberal (sufrágio universal, sistema parlamentar, rotatividade dos cargos eletivos, etc.). A máquina democrática liberal era incompatível com os ideais democráticos, consequentemente, deveria ser “*quebrada*”. (CAMPOS, 1946, pp. 326; 328-329).

“*Para o liberalismo, a doutrina do Estado era uma doutrina do Estado sem Estado*”. O pensamento liberal reduzia o Estado a apenas um garante das liberdades individuais, um garante de que os indivíduos continuariam isolados, cada um perseguindo seus interesses egoísticos. No Estado liberal, os valores materiais e morais do Estado-Nação eram ignorados. A crítica mais ácida está no que respeita à “*jaula de ferro*”

---

<sup>6</sup> “*Mas o Estado, ante as novas condições de vida do mundo, não pôde continuar a ser um simples espectador que se limitasse a assistir às lutas da competição individual. A indiferença em que lhe impusera o liberalismo vinha acarretando a escravidão dos fracos pelos fortes. E o Estado, para garantir o bem geral, passou a influir diretamente nas relações dos indivíduos entre si, principalmente no domínio econômico. [...] o Estado atua, efetivamente, como propulsor e, sobretudo, regulador dos interesses e influências individuais. Dessa interferência, cada vez maior, no domínio das relações econômicas, resulta a necessidade do Estado, em circunstâncias especialíssimas, poder decretar leis retroativas.*” (CAMPOS, 1946, p. 335)

promovida pela democracia liberal (formal). O modelo liberal tomava os meios pelos fins e a “*máquina democrática liberal*” acabava se inchando e se tornando um fim em si mesmo. Ao contrário de banir os privilégios, a democrática liberal garantia os privilégios daqueles que se apropriavam do Estado, perseguindo fins particulares. (CAMPOS, 1946, p. 332)

Com base na sua teoria de democracia substancial, o autor redefiniu as finalidades do Estado. O país não precisava mais do “Estado sem Estado”, da autoridade refém da liberdade, mas de um Estado forte para poder proporcionar direitos indispensáveis à vida moderna (saúde, educação, cultura, previdência, etc.). O “velho” Estado de abstenção - o Estado liberal mero expectador passivo do aniquilamento dos fortes sobre os fracos -, exigia um Estado de atuação e de regulamentação. Um “novo” Estado, “justo” árbitro das relações sociais e econômicas e garantidor do interesse nacional.<sup>7</sup>

Para tanto, Campos propunha, entre outros pontos, uma releitura da liberal teoria da separação de poderes, já que “*Cada época tem a sua divisão de poderes, e a lei do poder é, em política, a da capacidade para exercê-lo.*” (CAMPOS, 1945, p. 346)

A teoria da separação dos poderes era uma mecânica histórica que não obedecia a uma lei natural eterna e atemporal. Assim sendo, o jurista pensava numa reforma constitucional que adequasse as instituições à nova democracia antiliberal de massas. Como a democracia de massas era a ditadura de um líder, o clássico modelo liberal de separação de poderes, centralizado na figura do parlamento, deveria ser revisto. Tal revisão caminhava no sentido de abandonar o legislativo como centro de gravidade da decisão política e transferir esse centro ao Executivo, que seria o “relicário” do chefe aclamado.

---

<sup>7</sup> Enquanto a sociedade moderna deu à luz a nova democracia de massas, o Estado Novo fora a consequência necessária dessa democracia. Porém, a legitimação democrática por intermédio da aclamação do líder era somada a uma organização burocrática tecnicista e elitista. O irracional em Campos está na legitimação da democracia de massas. Porém, na estruturação e operacionalização da “*máquina democrática*”, não há nada de irracional. Pelo contrário, Campos propunha uma tecnocracia no comando do Estado. O líder era o artifício de cooptação das massas, o recurso alegórico da democracia. No entanto, a máquina administrativa deveria ser técnica, pois os temas sociais da época eram essencialmente técnicos. A aclamação mantinha o líder, mas a elite tecnocrática mantinha o Estado.

Sua proposta pretendia conciliar irracional e racionalidade, mito e técnica. Enquanto as massas eram cooptadas pelo líder por meio de processos irracionais de aclamação, o líder era aquele que se mostrava técnica e moralmente mais preparado para guiar a Nação ao progresso. O parlamento, além de representar a arena dos interesses locais partidários e egoísticos, não estava tecnicamente preparado para decidir sobre os complexos e urgentes problemas sociais, econômicos e políticos da época.<sup>8</sup>

Comentando sobre a lei de fronteiras, Campos disse que o Presidente da República, via decreto-lei, fez o que “*os parlamentos não souberam fazer durante 50 anos, acabou com essa gagueira legislativa*”. Elogiava o modelo tecnocrático com poderes legiferantes concebido pela Carta de 1937, em que o Executivo e os Ministérios editavam decretos-leis e regulamentos executivos com força de lei, os “*importantes atos legislativos do Governo*”. Esses atos legislativos asseguravam a harmonia jurídica em direção ao progresso do país. (CAMPOS, 2001, pp. 115; 135)

A legitimação da função legislativa do Poder Executivo decorria da própria ideia de democracia ditatorial. A Nação era concebida como a origem das instituições, dos códigos e dos governos. Na medida em que o líder encarnava a Nação, ele era a autoridade legítima para interpretar seu espírito e expressar sua vontade por meio da “lei”.<sup>9</sup> Também, caberia ao Chefe do Executivo - independentemente de lei -, a complementação da Constituição, porque esta, por si só, não bastava. As questões sociais eram “*por demais complexas para encontrar a sua solução em um simples enunciado constitucional*”. (CAMPOS, 1946, p. 429)

O poder de expedir decretos-leis se justificava por imperativos de responsabilidade e eficiência. Na medida em que a Carta de 1937 tinha ratificado o Presidente da República como o chefe administrativo do Estado, a ele caberia a responsabilidade pela ação administrativa. O dever de responsabilidade pela ação administrativa seria acompanhado

---

<sup>8</sup> Carl Schmitt, discorrendo sobre Donoso Cortés, também trata da inépcia dos parlamentos e da burguesia liberal. “*Una clase que traslada toda actividad política al plano de la discusión, en la Prensa y en el Parlamento, no es capaz de hacer frente a una época de luchas sociales.*” (2006, p. 52) (Uma classe que transfere toda a atividade política ao plano da discussão, na Imprensa e no Parlamento, não é capaz de fazer frente a uma época de lutas sociais.) (Tradução livre).

<sup>9</sup> “*O Chefe é o chefe da Nação.*” (CAMPOS, 2002, p. 193)



do *poder* para remodelá-la a partir das circunstâncias. Quanto à eficiência, o parlamento era concebido como uma instância política inapta para as questões sociais complexas e urgentes da época e como a “*lei da política*” é a impossibilidade de “*vazios de poder*” (“*poder vago, poder ocupado*”), o Executivo seria o legítimo ocupante desse “vazio”. Legítimo porque eficiente, responsável e comandado pelo chefe democraticamente aclamado. (CAMPOS, 1946, pp. 346-347)<sup>10</sup>

Além do poder constitucional de expedir decretos-leis, Campos fazia uma diferenciação entre *política legislativa* e *técnica legislativa*. A política legislativa estava a cargo do Legislativo, que deveria cuidar politicamente dos fatos mais relevantes e estabelecer leis de conteúdo principiológico. Já a técnica legislativa, a cargo do Executivo e seus órgãos, se materializava em decretos-leis e regulamentos para a vida cotidiana. A técnica legislativa não era dependente da política legislativa, daí a existência de *decretos autônomos*. (CAMPOS, 1946, p. 341). O princípio liberal da legalidade era substituído pelo princípio da legitimidade fundada na aclamação do líder. (SANTOS, 2007, p. 315)

Tendo em vista a complexidade técnica dos assuntos de governo, o parlamento se reduziria à função de estabelecer apenas a substância e os princípios gerais que deveria direcionar um tema. Dentro dessa órbita principiológica, caberia ao Executivo, por meio do poder regulamentar, dar forma prática aos princípios legais. O regulamento executivo era o instrumento técnico adequado para dar conta da complexidade da vida moderna. “[...] *ao executivo, que está em contato com a realidade, é que incumbe, evidentemente, completar, por aproximações, retificações e*

---

<sup>10</sup> Referendando essa centralidade do Executivo, a Carta de 1937, no auto de outorga, já entrava em suspensão tendo em vista a decretação do estado de emergência, bem como foi dissolvido o poder legislativo em âmbito nacional. Durante esse estado - além das restrições aos direitos individuais -, caberia ao chefe do Executivo nacional legislar sobre os temas de competência da União. “Art. 178. São dissolvidos nesta data a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Assembléias Legislativas dos Estados e as Câmaras Municipais. As eleições ao Parlamento nacional serão marcadas pelo Presidente da República, depois de realizado o plebiscito a que se refere o art. 187. [...] Art. 180. Enquanto não se reunir o Parlamento nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União. [...] Art. 186 - É declarado em todo o País o estado de emergência. Art. 187 - Esta Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República”.

*prolongamentos, o esquema ou os lineamentos gerais traçados pelo parlamento.*” (CAMPOS, 1946, p. 342)

O Parlamento vota a lei na qual se definem a substância e os princípios gerais, que devem vigorar na matéria. Dentro da órbita assim traçada, o Executivo exerce a sua função, aplicando na regulamentação os princípios gerais adotados na lei. (CAMPOS, 1946, p. 340)

Ao contrário da Constituição de 1934, a Carta de 1937 “*atendeu à realidade*” e possibilitou a delegação do poder legislativo, transformando-a em regra do sistema.<sup>11</sup>

A delegação de poderes não só foi permitida, como se tornou a regra, pois a Constituição prescreve que os projetos de iniciativa do Parlamento devem cingir-se a regular a matéria de modo geral ou nos seus princípios, deixando ao Govêrno a tarefa de desenvolver os princípios e de regular os pormenores. (CAMPOS, 1946, p. 307)

Para o jurista, a partir do momento que o Estado encampou funções positivas de governo, a legislação perdeu seu caráter exclusivamente político, com isso os parlamentos perderam seu monopólio legislativo.<sup>12</sup> Segundo Campos “*Capacidade política não implica capacidade técnica, e a legislação é hoje uma técnica que exige o concurso de vários conhecimentos e de varias técnicas.*” (CAMPOS, 1946, p. 305).<sup>13</sup> Dessa forma, o que não faltavam eram justas razões a justificarem as delegações legislativas.

---

<sup>11</sup> “A Constituição de 34 vedava em termos absolutos a delegação de poderes. Foram os tribunais que, na expressão do professor Goodnow, ‘tomaram da ciência política uma nebulosa teoria e a transformaram em regra ineficaz e inaplicável.’” (CAMPOS, 1946, p. 304)

<sup>12</sup> “[...] *está no domínio público, [...] que não passa de mera ficção ou de anacronismo ideológico a tese de que a função legislativa cabe exclusivamente ao parlamento.*” (CAMPOS, 1946, p. 344)

<sup>13</sup> Segundo o autor, a Constituição de 1934 era produto de um regime parlamentar-liberal ineficiente: “[...] *a própria Constituição de 1934, trabalhada de modo aparente e manifesto por várias e opostas correntes, quebrando, assim, o principal caráter de uma lei daquele vulto, e que é a sua unidade ideológica e técnica.*” (CAMPOS, 1946, p. 304)

[...] assim, a legislação delegada uma prática comum ou universal, deve haver razões muito poderosas que a justifiquem. Essas razões não são razões de advogado. Basta lançar vistas sobre o crescimento do governo nestes últimos cinqüenta anos, [...] a massa e a complexidade das matérias que êle é chamado a regular. O Estado deixou de ser o guarda-noturno, [...]. (CAMPOS, 1946, p. 342)

A delegação do poder legislativo era um sinal de modernidade, tanto que era o regime adotado na Inglaterra e nos Estados Unidos. Dessa forma, não haveria, no mundo, qualquer obra legislativa importante que não tivesse sido iniciada pelo Executivo ou delegada pelo Legislativo.

Quase tôda a legislação recente na Inglaterra é feita por *Orders in Council* e *Departmental Regulations*, isto é, legislação pelo Executivo mediante delegação de poderes. Nos Estados Unidos, país em que sempre existiu a prevenção dos tribunais contra a delegação de poderes, a legislação pelo Executivo, ou a legislação delegada, constitue hoje a massa mais importante da produção legislativa. (CAMPOS, 1946, p. 306)

“‘A delegação do poder legislativo é hoje um dos lugares comuns da vida política na Inglaterra’, diz o professor Robson no seu livro de 1923, intitulado *Justice and Administrative Law*. (CAMPOS, 1946, p. 341). A partir de James Hart, Campos afirmou que a legislação delegada também tinha se tornado uma prática normal nos Estado Unidos, tratando de temas não somente relativos a “*funcionários, mas também interesses de particulares*.” (CAMPOS, 1946, p. 342)<sup>14</sup>

Citando James Hart:<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Tratando sobre Francisco Campos, “*Ainda em 1934, o modelo-norte americano do ‘controle realizado mediante comissões’ seguia sendo, para o pensador mineiro, a principal referência de intervencionismo estatal*.” (SEELAENDER, 2013, p. 515)

<sup>15</sup> Trata-se da obra *The Ordinance Making powers of the President*. Baltimore: The John Hopkins Press, 1925. O autor e a obra também são citados por Themistocles Cavalcanti, conforme será visto no próximo capítulo. Vide

[...] ‘tanto os técnicos como o público em geral começaram a verificar que não passa de uma ficção a afirmativa de que o Presidente não pode legislar. [...] a história da delegação legislativa nos Estados Unidos pode dividir-se em seis períodos: 1789-1815; 1815-1861; 1861-1876; 1876-1917; 1917-1918, e finalmente o período que começa em 1919 e no qual se acentua, de maneira excepcional, a tendência ao crescimento, em volume e importância, da legislação-delegada’. (apud CAMPOS, 1946, p. 342)

Tratava-se, portanto, do “*conceito moderno da legislação*” haja vista os aspectos técnicos exigidos às leis e intangíveis aos parlamentos. Por isso que os artigos 12 a 14 da Carta de 1937 não teriam diminuído a esfera de atividade normal do Legislativo, mas eram “*uma consequência necessária da incapacidade do parlamento para legislar sobre determinadas matérias.*” Ademais, esses artigos não traziam nenhuma novidade, já que havia no Brasil precedentes de delegação legislativa na Primeira República, em que “*foi praxe muito seguida, e deu excelentes resultados, a despeito da inútil contenda doutrinária.*” (CAMPOS, 1946, p. 340)<sup>16</sup>

O Estado Moderno interventor, a fim de se harmonizar ao Estado de Direito, deveria ser exercido pela lei. Mas, ante as complexidades sociais e econômicas, a lei tinha se tornado uma “*imensa técnica*” em que “*só a ação dá conhecimento direto da matéria*”. Ou seja, a parcela do Estado destinada a exercer a intervenção (“*em contacto com a realidade*”) era aquela mais apta tecnicamente para “*completar*” as regras, dentro de um quadro definido pela lei parlamentar (“*política legislativa*”).<sup>17</sup> Mas note-se que esse ato complementar destinado à

---

Cavalcanti, Themistocles. **Teoria do Estado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958a, pp. 404; 406.

<sup>16</sup> “*Quanto aos decretos-leis previstos no art. 14 da Constituição, acham-se em absoluta conformidade com as atribuições conferidas ao Chefe da Nação, e não infringem as que são dadas ao Parlamento, [...] A administração tem por chefe o Presidente: a ele cabe a responsabilidade pela ação administrativa do Governo. Da eficiência do instrumento destinado à ação executiva, ninguém pode ser melhor juiz do que o Chefe do Poder Executivo. [...] O vício do regime liberal consistia exatamente em dar o poder a quem não tinha responsabilidade.*” (CAMPOS, 1946, p. 347)

<sup>17</sup> “*Vendo cem anos adiante de seu tempo, Marshall, no caso Wayman v. Southard, [...] definindo em termos precisos, a função especificamente*

“*técnica legislativa*” (Executivo) era essencialmente “elástico” a ponto de promover correções e extensões aos dispositivos legais. Por isso que o clássico poder regulamentar de natureza executória era insuficiente.

[...] ao executivo, que está em contacto com a realidade, é que incumbe, evidentemente, completar, por aproximações, retificações e prolongamentos, o esquema ou os lineamentos gerais traçados pelo parlamento. [...] A competência natural do parlamento é a política legislativa; a competência natural do executivo, a técnica legislativa. Isto é hoje um lugar comum não só na ciência política, como na prática das instituições representativas. (CAMPOS, 1946, p. 343)

À toda evidência a delegação legislativa era algo necessário e comum, até mesmo para o inglês Harold Laski, definido por Campos como um dos “*partidários mais radicais e extremados das instituições liberais*.” (CAMPOS, 1946, p. 344).<sup>18</sup> Francisco Campos empresta as palavras de Laski como um verdadeiro comentário à Carta de 1937:19

---

*legislativa do Congresso como reduzida a ‘princípios gerais’, aos ‘lineamentos gerais’ ou ‘lineamentos importantes’, isto é, o que se pode denominar de política legislativa. São, precisamente, os termos da Constituição de 10 de novembro.*” (CAMPOS, 1946, p. 344).

<sup>18</sup> Não se sabe até que ponto Laski pode ser denominado como um partidário “*radical*” e “*extremado*” das instituições liberais, inclusive a própria citação de Francisco Campos parece desmentir os adjetivos. Laski, como será possível perceber no desenrolar deste trabalho, era um autor muito citado na época, nomeadamente nas ocasiões em que se buscava justamente uma revisão das instituições liberais clássicas. Nesse sentido, em texto claramente revisionista do liberalismo, Nunes Leal transcreve o autor inglês: “‘[...] *uma sociedade capitalista só aceita as instituições democráticas enquanto seu funcionamento não ameace destruir os pressupostos essenciais do capitalismo, ou sejam as relações de classe que a propriedade privada dos meios de produção implica. Quero dizer, que, quando a democracia política tentar transferir essa propriedade para a comunidade, a classe capitalista utilizará, se puder, o poder do Estado para suprimir as instituições democráticas.*’ [...] ‘*em caso de crise, a opinião pública impõe a abrogação da separação de poderes.*’” (apud NUNES LEAL, 1955, p. 110; 111). George Orwell descreveu seu conterrâneo como “*um socialista por fidelidade e um liberal por temperamento*”, <[http://en.wikipedia.org/wiki/Harold\\_Laski](http://en.wikipedia.org/wiki/Harold_Laski)>, acesso em 23.08.2014.

<sup>19</sup> “*La verdadera naturaleza de una política democrática proclama la posibilidad de una acción que es, a la vez, rápida y comprensiva. [...] Una*

‘Não é paradoxal a afirmação de que uma assembléia legislativa é, por sua própria natureza, inadequada à legislação direta, porque o conjunto heterogêneo de pessoas que forçosamente a constituem é demasiado numeroso e incoerente [...]. Quanto mais se limite a função do parlamento à discussão dos princípios gerais, tanto mais satisfatório será o resultado do processo legislativo’. (apud CAMPOS, 1946, p. 345)

Quanto às críticas à delegação legislativa, eram de “*ordem puramente teórica ou ideológica*”, fundadas em uma concepção abstrata da divisão de poderes, ignorando as contingências históricas. Tais doutrinas acreditavam que a separação dos poderes representava uma lei eterna e imutável, na qual o parlamento teria um “*direito natural à legislação*.” Contrapondo-se, Campos sustentava que a separação de poderes era uma “*mecânica política*”, variando em cada época, segundo “*razões de conveniência, de utilidade e de adequação*.” (CAMPOS, 1946, p. 346)

O jurista reitera a máxima citada alhures, de que “*a lei do poder é a capacidade para exercê-lo*”, assim sendo, à medida que a legislação se tornou uma obra mais técnica do que política, o Executivo encampou o poder de legislar eis que se tornou o poder mais capaz para enfrentar as exigências históricas de uma lei urgente, minuciosa e técnica. (CAMPOS, 1946, p. 346)

Merecem transcrição alguns excertos:

Fundam-se no princípio da divisão dos poderes, considerado tão fundamental em ciência política

---

*asamblea legislativa no es ni una selección de especialistas ni un cuerpo de estadistas. [...] No es una paradoja el afirmar que una asamblea legislativa no es apta por su verdadera naturaleza para legislar directamente. [...] Quinientas o seiscientas personas pueden discutir en forma apropiada la cuestión de saber si es deseable la nacionalización de las grandes propiedades agrarias; pero, en cambio, no pueden discutir los exactos detalles del proceso por medio del cual debe cumplirse la nacionalización. Los requisitos técnicos de la consulta sobre los cuales deben fundarse tales proyectos no están – ni al tratarse de las personas ni al tratarse de los informes – a disposición de la asamblea legislativa. [...] Mientras más pronto se limite la función del parlamento en todas las materias legislativas a una discusión de principios generales, más satisfactorio sera el proceso legislativo.” (LASKI, 1950, pp. 61; 69)*

como o postulado de Euclides em geometria. [...] Ora, o governo existe realmente; a sua existência é histórica e concreta e não da categoria da existência puramente lógica dos entes de razão ou das nebulosas verbais que os filósofos costumam propor como substitutivos às verificações mais ou menos amargas da experiência. [...] A mecânica política não é a mecânica de Newton. [...] Uma lei inflexível da política é a que não permite a existência de vazios no poder: poder vago, poder ocupado. (CAMPOS, 1946, p. 345; 346)

Ao lado do líder e aliado à potencialização do Executivo, era necessária uma “*máquina administrativa*” baseada no princípio da concentração dos órgãos e da hierarquia. Essa máquina administrativa representava a garantia técnica do governo, portanto, deveria ser eficiente, econômica e, sobretudo, responsável. Essa burocracia deveria ser recrutada por critérios de capacidade e não por pessoas extraídas da “*clientela eleitoral*”.<sup>20</sup> A estabilidade do agente público não poderia

---

<sup>20</sup> Essa burocracia, muito embora captada pela capacidade, não é necessariamente uma burocracia democrática, muito pelo contrário. Francisco Campos se alinha a um pensamento elitista, a burocracia deveria ser composta por uma elite técnica capaz de governar a massa irracional. Assim, as elites técnicas seriam legítimas por serem mais aptas e o liame entre elas e a massa ocorreria justamente por intermédio da figura do líder. “*As elites são necessárias porque funcionariam como uma espécie de último pilar da sensatez e da razão num mundo em que crenças e instintos cada vez mais conformariam os processos políticos. [...] Caberá às elites governamentais o papel fundamental de organizar, disciplinar e mobilizar essa coletividade, de modo a realizar o projeto de integração política que as elites compreendem como sendo o mais adequado ao país. O liame entre elite e massa, garantidor do processo político, será feito pelo mito da personalidade, mais eficaz porque é o mais forte. [...] O governo e a administração dependem, assim, da deliberação restrita a um grupo de pessoas com certos conhecimentos técnicos e especializados – e aqui Campos, mais uma vez nos afirma como o processo político contemporâneo exigia a competência da elite na gestão das coletividades. A participação da opinião pública no governo devia ter apenas um caráter plebiscitário, isto é, referente a poucas e simples questões*” (CORRÊA, Paulo Celso. **Massa, Mito e Estado em Francisco Campos: a política de uma era de transição.** <[http://www.achegas.net/numero/42/paulo\\_celso\\_42.pdf](http://www.achegas.net/numero/42/paulo_celso_42.pdf)>, acesso em 05.08.2010).

redundar em ineficiência ou em irresponsabilidade, já que “*Não pode haver garantias contra o interesse público*”. (CAMPOS, 1946, pp. 312; 313)<sup>21</sup>

O Judiciário também não foi poupado. A função de interpretar, para Campos, não era exclusivamente jurídica e lógica, mas política. Portanto, temas de grande relevância para os interesses da nação não poderiam ser tratados pela decisão política de juízes, “purificada” na suposta isenção das regras hermenêuticas. O jurista atacou o controle de constitucionalidade das leis resgatando e criticando o nascimento histórico do instituto. Defendia a tese de que tal controle não foi um instrumento para a proteção do povo, mas para a limitação do povo. A Suprema Corte norte-americana, na realidade, tinha concentrado o poder político em torno de objetivos conservadores. (CAMPOS, 2001, pp. 104; 105)

A função de interpretar a constituição seria do Judiciário se a interpretação fosse um método jurídico de natureza lógico-dedutiva. Porém, a interpretação consistia em um processo de criação e elaboração ativa, com amplo espaço para uma filosofia pessoal. Tratando-se de interpretação constitucional, em que existia um “*amplo halo de indeterminação*” de grande importância à nação, atribuir supremacia interpretativa da constituição ao Judiciário seria relegá-la à filosofia dos juízes. Isso não seria “*acertado*” tampouco “*democrático*”.<sup>22</sup> (CAMPOS, 2001, p. 105)

Francisco Campos não diz claramente a quem caberia esse controle constitucional, mas é possível deduzir que seria do chefe do

---

<sup>21</sup> “*Tôda vez, portanto, que um negócio privado se ache em estreita conexão com um grande interêsse público, o caráter público passa a predominar sôbre o privado, transformando-o em objeto de regulamentação e de inspeção por parte do Estado.*” (CAMPOS, 1946, p. 11)

<sup>22</sup> “*Outra transformação é a operada pela Constituição de 10 de novembro nos poderes do Poder Judiciário. [...] Os inevitáveis processos de mudança e transformação, que conferem a nossa civilização caráter eminentemente dinâmico, eram frequentemente obstados por uma interpretação constitucional orientada por critérios puramente formais ou inspirados na devoção de um mundo que já morrera. [...] Ora, a interpretação não dispõe de processos objetivos e infalíveis e, por isto mesmo, está sujeita à influência do coeficiente pessoal do juiz. [...] Aos juízes não será, em consequência, permitido, a pretêxto de interpretação constitucional, decretar como única legítima a sua filosofia social ou a sua concepção do mundo, desde que essa filosofia ou concepção obstrua os desígnios econômicos, políticos ou sociais do Govêrno em benefício da Nação*”. (CAMPOS, 1945, pp. 310-311)



Executivo, principalmente ao analisar esse trecho da obra “*O Estado Nacional*”:<sup>23</sup>

[...] podemos dizer, a esta altura do regime, que o Estado novo é o Presidente – a realização dos seus institutos, o desdobramento dos seus programas, a projeção da sua vontade – e nele tem o seu mais proveito doutrinador e o defensor mais intransigente e valioso. [...] supremo responsável pelos destinos do Brasil. (CAMPOS, 2001, pp. 109; 139)

Baseado no argumento do líder, Campos insere no Brasil a teoria schmitiniana do Chefe do Executivo como o “guardião da constituição”. As questões nacionais eram muito importantes para ficarem a cargo da “*filosofia pessoal dos juízes*”.

Em harmonia com sua constatação da democracia aclamatória, o regime político do líder reclamava o Estado do líder. Sendo assim, houve um necessário retoque na mecânica liberal da separação dos poderes, fortalecendo e sobretudo aumentando o poder de decisão do Executivo, fosse por meio de um poder regulamentar autônomo fosse por meio de decretos-leis, conseqüentemente, enfraquecendo o Legislativo e o Judiciário.

A partir dessa breve explanação da obra de Francisco Campos, confrontando com a obra de Themistocles Cavalcanti, a partir do próximo capítulo será possível perceber que ambos:

- a) partem de um modelo de Estado “moderno” e “interventor”;
- b) admitem uma legislação técnica e a incapacidade do legislativo para tanto;
- c) ampliam os poderes do Executivo;

---

<sup>23</sup> Na Carta de 1937 (art. 96, parágrafo único), o Judiciário declarava a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo presidencial. Porém o Presidente da República, caso entendesse que a lei ou o ato normativo declarado inconstitucional fosse necessário ao bem-estar do povo ou à promoção e defesa do interesse nacional, poderia submeter ao Legislativo uma nova votação da lei (reexame parlamentar). Se o Legislativo aprovasse a lei, agora por 2/3 em cada casa, a lei voltava a ter validade, deixando sem efeito a decisão judicial. Importante relembrar que quando a Carta foi outorgada, o Congresso Nacional foi dissolvido competindo ao Presidente da República fazer às vezes do Legislativo da União. Para uma aproximação entre Campos e Carl Schmitt, vide **La defensa de la Constitución**. Trad. Jorge Mario García Laguardia. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1983.

- d) usam os conceitos de política legislativa e técnica legislativa;
- e) usam como modelo os EUA e a Inglaterra; e
- f) citam os mesmos autores, Harold Laski e James Hart.

Doravante, passa-se à análise de alguns textos de Victor Nunes Leal a partir do contexto da Constituição de 1946. Mineiro, nascido em 11.11.1914, foi um jurista de destaque em sua época, ocupando diversos cargos públicos. Coursou direito na Faculdade Nacional de Direito (RJ) diplomando-se em 1936. Foi um dos fundadores da Revista de Direito Administrativo.<sup>24</sup>

Trabalhou no gabinete do Ministro Gustavo Capanema durante o Estado Novo. Lecionou Ciência Política na Faculdade Nacional de Filosofia e lecionou no DASP, na Escola de Estado-Maior do Exército e proferiu conferências na Escola Superior de Guerra. Compôs o corpo de professores da Universidade de Brasília, desde a sua fundação.

Inicialmente militou na advocacia até ser nomeado Procurador-Geral de Justiça no antigo Distrito Federal, lá permanecendo de março a novembro de 1956, quando foi investido na Chefia da Casa Civil da Presidência da República, cargo que exerceu até agosto de 1959.

Exerceu os cargos de Advogado da antiga Prefeitura do Distrito Federal, de Consultor-Geral da República (fevereiro a outubro de 1960) e de Procurador do Tribunal de Contas do Distrito Federal (outubro a dezembro de 1960). Em novembro de 1960, foi nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal pelo então Presidente da República Juscelino Kubitschek de Oliveira.

Foi aposentado compulsoriamente da Corte em 16 de janeiro de 1969, nos termos do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, não tendo sido preenchida a vaga em face do Ato Institucional nº 6, de 1º de fevereiro de 1969, que reduziu de 16 para 11 o número de Ministros do Supremo Tribunal Federal, restabelecendo a composição anterior ao Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965.<sup>25</sup> Após a aposentadoria, retornou à advocacia.

---

<sup>24</sup> Referências biográficas extraídas do site <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=108>>, acesso em 03.11.2015.

<sup>25</sup> Sobre a atuação de Nunes Leal no STF durante a ditadura de 1964, vide CURI, Isadora Volpato. *Juristas e o regime militar (1964-1985): atuação de Victor Nunes Leal no STF e Raymundo Faoro na OAB*. In. **Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro: (de 1930 aos dias atuais)**. Carlos

Publicou vários artigos, a maioria deles na *Revista Forense e Revista de Direito Administrativo*, muitos deles reunidos na obra *Problemas de Direito Público e outros problemas* (1960). Também se destacam os pareceres do autor durante o exercício do cargo de Consultor-Geral da República (1966). Sua obra de maior destaque foi *Coronelismo, Enxada e Voto* (1948), com ampla repercussão no âmbito das ciências sociais.

Faleceu em 17 de maio de 1985, no Rio de Janeiro.

No que tange aos objetivos desta pesquisa, a obra de Nunes Leal será abordada a partir dos artigos *Lei e regulamento* (1945/1997a), *Técnica legislativa* (1945/1997b) e *Delegações legislativas* (1946/1997c), todos publicados na *Revista de Direito Administrativo* e reunidos na obra *Problemas de Direito Público e outros problemas* (1960/1997).<sup>26</sup> Também será analisado o artigo *A divisão dos poderes no quadro político da burguesia*, publicado na obra *Cinco Estudos* (1955).

Quanto ao texto *Técnica legislativa* (1945/1997b), trata-se de artigo redigido sob a égide da Carta de 1937, mas, em muitos pontos, soa como um recado aos futuros constituintes, contendo sugestões para a feitura da nova Constituição.

É evidente, porém, que, ao redigir uma constituição, devem os constituintes ter em vista o conceito doutrinário de constituição, que é um código básico de direito público, para não enxameá-la, por um lado, de normas de direito privado e, por outro, de regras de detalhe. (NUNES LEAL, 1997b, p. 13)<sup>27</sup>

Para o autor, modernamente a lei era a principal fonte do direito já que, citando Kirchmann, “*Bastam três palavras do legislador para inutilizar bibliotecas inteiras!*” (1997b, p. 08). Assim sendo, a elaboração da lei exigia “*precauções severíssimas*”, “*como se estivesse acondicionando materiais explosivos.*” (NUNES LEAL, 1997b, p. 08)

---

Guilherme Mota; Natascha Schmitt Caccia Salinas (Orgs.). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 448-495.

<sup>26</sup> A primeira edição da obra é de 1960, mas na presente monografia será usada a versão publicada em 1997 pelo Ministério da Justiça, confrontando-se com o artigo originariamente publicado na RDA.

<sup>27</sup> O autor, em nota de rodapé, diz que a Constituição de 1934 tinha muitos dispositivos privatistas e a de 1937 não foi suficientemente “*escoimada desses vícios*”. (NUNES LEAL, 1997b, p. 13)

Modernamente, em razão da ampliação dos poderes do Estado, a quantidade de leis tinha aumentado consideravelmente e existia uma ordem hierárquica a se obedecer: constituição, lei e regulamento. Os regulamentos deviam se conter dentro das leis e estas dentro da constituição. As normas de grau inferior desenvolviam os princípios das de grau superior, eis que “*Maior graduação corresponde a maior generalidade. [...] A Constituição deve enfeixar normas mais concisas, mais gerais e em menor número; [...].*” (NUNES LEAL, 1997b, pp. 10-11)

Para evitar as intermináveis discussões entre lei e regulamento, o melhor seria que se previssessem na Constituição as delegações legislativas a fim de “*facilitar, por via executiva, a reforma de algumas disposições das leis, que contem estas as necessárias delegações legislativas.*” (NUNES LEAL, 1997b, p. 12)

Segundo o autor, a vida andava mais depressa que o legislador, tanto nos sistemas representativos de governo como nas ditaduras ou governos pseudo-representativos. Assim sendo, “*Que os juristas aperfeiçoem os instrumentos, ficando aos políticos a tarefa de melhorar as intenções.*” (NUNES LEAL, 1997b, p. 29; 32).

Quanto ao texto *Delegações legislativas* (1946/1997c), trata-se de artigo confeccionado às vésperas da Constituição de 1946, implicitamente dirigido à Assembleia Constituinte e ao Judiciário.

Na primeira parte do texto, Nunes Leal afirmou que não foram as delegações legislativas que criaram o Estado Novo, mas o Estado Novo que, entre outros expedientes, fez uso das delegações para reforçar o seu poder autoritário. As delegações legislativas não eram um fenômeno exclusivo de estados autoritários, já que também apareciam em estados de índole democrática, como nos Estados Unidos e na Inglaterra (reportando-se a texto do “*professor*” Francisco Campos).<sup>28</sup>

Por isso Nunes Leal argumentou que não se sustentava a proibição das delegações legislativas pura e simplesmente pelo medo de fortalecimento do Executivo. Tais expedientes, ou seja, as delegações legislativas - desde que houvesse um Parlamento funcionando adequadamente, o que se esperava depois da Constituição de 1946 -, seriam um interessante instrumento de governo. Segundo o autor, a proibição das delegações legislativas favoreceria as forças conservadoras, impedindo “*medidas legislativas rápidas*”, sobretudo no campo econômico, que iriam contra os interesses daquelas forças (Nunes Leal, 1997c, p. 98). Nota-se que, para o jurista, as delegações

---

<sup>28</sup> *O Estado Nacional*, 3. Ed., 1941, pp. 50 e 87.

legislativas poderiam funcionar como uma das ferramentas jurídicas para a modernização do Estado.

Depois de analisado o mérito das proibições (ou permissões) das delegações legislativas, Nunes Leal faz uma reflexão a respeito do regime de transição entre uma Constituição que autorizava as delegações (1937) e a nova Constituição que as proibia.

O primeiro problema seria definir um conceito de regulamento já que a nova Constituição proibia as delegações, porém conservava o poder do Chefe de Estado para expedir regulamentos para a fiel execução das leis. Citando Duguit, Nunes Leal afirmou que a diferença entre lei e regulamento era apenas formal e não de natureza. Tanto o regulamento como a lei possuíam natureza normativa, porém o regulamento se subordinava à lei. Entretanto essa subordinação não significava uma mera reprodução da lei, o regulamento tinha como finalidade completar a lei, mas sem infringi-la. Dessa forma, era natural que a lei deixasse um espaço normativo para o regulamento, portanto, no sentido prático, toda lei passível de regulamentação traria em si uma delegação. (NUNES LEAL, 1997c, p.100).<sup>29</sup>

No regime que possibilitava as delegações legislativas (1937), era possível que o regulamento criasse inovações normativas expressa ou implicitamente permitidas pela lei. Já nos regimes de delegações proibidas (1946), o conceito de regulamento se tornava mais rígido, não bastando verificar a conformidade do regulamento com a lei, mas se a própria lei, dentro das margens deixadas ao regulamento, infringiu ou não o princípio da proibição das delegações. Conforme Pontes de Miranda, o poder regulamentar não poderia "*dissimular uma delegação legislativa proibida pela Constituição.*" (NUNES LEAL, 1997c, p.100).

Assim, para retratar o histórico problema entre lei e regulamento, Nunes Leal cita Ruy Barbosa:

*'A constituição nitidamente separa da função de legislar a de regular, cometendo, cada uma, como privativa a um só poder. Mas as duas, verdade seja, não se podem considerar substancialmente distintas e rigorosamente delimitáveis. Do regular ao legislar, do legislar ao regular, nem sempre são claras as raias. Entre as duas competências medeia uma zona de*

---

<sup>29</sup> "*O regulamento, dado o seu papel de texto complementar da lei, envolve sempre a ideia de lacuna legislativa, o que equivale a dizer que contém sempre algum resíduo legislativo, uma certa medida de autoridade delegada.*" (NUNES LEAL, 1997c, p. 102)

*fronteira, indecisa, mista, porventura comum, em que hora as leis regulamentam, hora os regulamentos legislam.*' (NUNES LEAL, 1997c, p. 101)

A difícil relação entre lei e regulamento se intensificava nos regimes que proibiam as delegações; nos que permitiam, as dificuldades tendiam a se atenuar. Naqueles regimes, além de se verificar a adequação do regulamento com a lei, era preciso, primeiro, analisar se os termos da lei não redundavam em uma delegação legislativa proibida. Como o regulamento carregava em si certa medida de autoridade delegada, para Nunes Leal haveria uma dose de contradição entre proibir as delegações legislativas e conservar a faculdade administrativa regulamentar. Nesse sentido, o regime pós Constituição de 1946 deixaria à doutrina e ao Judiciário sérios problemas a enfrentar. (NUNES LEAL, 1997c, p.103)

Mais uma vez demonstrando as raízes históricas do problema, Nunes Leal afirmava que o STF, durante a Primeira República, em vários casos contornou o problema das delegações legislativas ampliando o conceito de poder regulamentar. Ou seja, a Corte admitia a proibição das delegações legislativas, no entanto, reconhecia um "*exercício normal de uma autoridade própria*", conferido diretamente pela Constituição ao Executivo. O jurista cita acórdãos de 1915, 1921 e 1923, destacando que:

*'Segundo a doutrina modernamente ensinada por publicistas de incontestado valor, o poder de regulamentar do Presidente da República é amplo, pode inovar na matéria legislada, sanando qualquer lacuna do ato legislativo. [...] Êstes os expede por si mesmo, exercendo funções constitucionalmente suas, com a mesma firmeza autoridade e independência com que o Legislativo decreta as suas leis e o judiciário profere a suas decisões.*' (NUNES LEAL, 1997c, p. 102-103)

Segundo Nunes Leal, muito embora a Constituição de 1891 não tenha expressamente proibido as delegações legislativas, a jurisprudência do STF reconhecia leis claramente delegadas como manifestações normais do poder regulamentar do Presidente da República. (NUNES LEAL, 1997c, p.104)

Ante esses precedentes, Nunes Leal previa que o Judiciário, mesmo frente à proibição das delegações legislativas (Constituição de 1946) viesse a resgatar aquele “*antigo e amplo*” conceito de poder regulamentar. O autor acrescentava que a tese da inconstitucionalidade manifesta<sup>30</sup> também poderia funcionar como mais um argumento para o Judiciário contornar a proibição constitucional. (NUNES LEAL, 1997c, p. 104)

Outro problema a se enfrentar eram as delegações legislativas realizadas durante a “*Constituição de 1937*”. Segundo o jurista, eram válidas as legislações delegadas que se *consumaram* sob o regime constitucional precedente, entretanto, tal lógica não se aplicava às delegações em que o Executivo ainda não tinha utilizado ou consumado. Porém, para Nunes Leal o maior problema estava em saber se, após a Constituição de 1946, o Executivo poderia alterar atos proferidos com arrimo na delegação legislativa outrora permitida. (NUNES LEAL, 1997c, p. 107-108)

A resposta do autor é de que o Executivo poderia alterar somente as disposições “*pròpriamente regulamentares*”, mas não aquelas em que ocorreu uma autêntica delegação legislativa, pois essas teriam natureza jurídica de lei formal, o que redundaria um exame de caso a caso. Porém, segundo Nunes Leal, tudo estaria por depender da forma como o Judiciário interpretaria o conceito de poder regulamentar, “*As fronteiras dessa competência regulamentar não são bem definidas, e bem pode a jurisprudência alargá-las além dos seus razoáveis limites para atenuar o princípio da proibição das delegações legislativas.*” (NUNES LEAL, 1997c, p. 108)

Nunes Leal pretendeu realizar uma análise objetiva sobre as delegações legislativas, evitou juízos de valor e posicionamentos contundentes, seja para criticar a Carta de 1937 ou festejar a Constituição de 1946. Porém, fica claro que para o jurista as delegações legislativas não eram, em si, mecanismos autoritários, elas poderiam conviver com o regular funcionamento dos parlamentos e sua proibição não era a melhor alternativa. Sobretudo, a advertência deixada pelo autor é emblemática, mesmo após a proibição constitucional não era possível simplesmente apagar uma prática de delegações legislativas e havia argumentos (jurisprudência inclusive) para, de alguma forma, interpretar a nova Constituição contornando tal proibição.

---

<sup>30</sup> Princípio de que a inconstitucionalidade somente poderia ser pronunciada pelo Judiciário quando fosse manifesta.

Assim como Themistocles Cavalcanti, parece que Nunes Leal enxergava que o destino da Constituição de 1946 - em especial suas rígidas disposições, tal como na proibição das delegações legislativas -, estava à sorte de uma “adequada” interpretação de suas normas.

Também merece destaque o artigo *A divisão dos poderes no quadro político da burguesia* (1955). Trata-se de palestra ministrada no auditório do Instituto de Direito Público e Ciência Política em 23.08.1954. O objetivo geral de Nunes Leal claramente foi fazer uma releitura do princípio da separação de poderes a partir da contingência histórica de um Estado “ativo”.

De plano o jurista fixou a premissa de que as construções políticas (destacadamente a separação de poderes) possuíam natureza instrumental e formavam uma “*superestrutura condicionada pela estrutura econômica e social*”. Tal superestrutura até poderia adquirir formas variadas, mas não poderia coexistir por muito tempo em situação de conflito com a estrutura econômica e social. (1955, p. 93)

A função da organização política é precisamente favorecer a realização das potencialidades do meio social correspondente. Nem sempre, porém, se observa isso. Às vezes a superestrutura política cerceia a evolução da sociedade, [...]. Se, entretanto (dentro de um período que é impossível determinar-se *a priori*), a essa pressão não corresponde uma reforma, é de se esperar que a tensão provoque uma ruptura na organização do estado, no sentido de um reajustamento das formas políticas às novas formas sociais e econômicas. (NUNES LEAL, 1955, p. 94)<sup>31</sup>

Nunes Leal localiza a teoria da separação de poderes, historicamente, no século XIX; que, no ponto de vista doutrinal, via em Montesquieu o seu mais notável artífice (“*oráculo do estado liberal*”)

---

<sup>31</sup> Ao final do trecho transcrito o jurista cita Harold Laski: ““*A alternativa da reforma é sempre a revolução.*”” (apud NUNES LEAL, 1955, p. 94). Tal ruptura era conduzida pelas forças políticas, movidas mais por intuição política do que por razões de ciência política, e o momento adequado seria melhor captado pela “*experiência dos chefes das correntes políticas*” do que “*pela meditação dos homens de gabinete.*” (NUNES LEAL, 1955, p. 94)



(1955, p. 104).<sup>32</sup> Para o jurista brasileiro, a teoria da separação de poderes tinha sua gênese histórica no Estado liberal.

Montesquieu teria, segundo Nunes Leal, concebido sua doutrina em duas partes. Na primeira, teria concluído pela necessidade de separação entre os poderes e, na segunda, que cada qual deveria ter parcela das funções atribuídas originariamente a outro poder (“*freios e contrapesos*”). Para Nunes Leal, entre a divisão de poderes e os freios e contrapesos não havia coerência lógica, mas política, já que o objetivo da doutrina supracitada era promover um governo moderado para garantir a liberdade política. Dessa forma, prestigiando os fins, Montesquieu teria dado pouca importância à lógica entre os meios. (1955, pp. 102-103)<sup>33</sup>

Entretanto, conforme Nunes Leal registra, tal doutrina fora pensada para “*impedir que o estado pudesse atuar prontamente*”, sua finalidade era conceber um governo moderado, o “*ideal era que o estado agisse pouco e morosamente, obrigado a transpor uma porção de obstáculos [...]*.” (1955, pp. 103-104; 105). Tal resultado era coerente com os propósitos históricos da burguesia, preocupada em conter o Estado a fim de garantir a “*liberdade econômica*” e “*Pouco importava que a divisão de poderes, eventualmente, pudesse levar ao impasse.*”

O arranjo institucional liberal, sobretudo a partir da técnica de freios e contrapesos, representaria uma garantia de que se acaso grupos políticos contrários aos interesses da burguesia ascendessem ao poder (ex. massas populares), seria possível usar dos obstáculos institucionais

---

<sup>32</sup> “[...] Montesquieu, o grande sistematizador da doutrina, inspirou-se no exemplo inglês. Nem sempre, porém, descreveu fielmente as instituições britânicas da época. [...] limitou-se a louvar as instituições inglesas, mas apresentou-as, já racionalizadas pela sua doutrina, como as mais apropriadas para a defesa da liberdade humana.” (NUNES LEAL, 1955, p. 99). Segundo Nunes Leal, Montesquieu construiu sua doutrina influenciado pela obra de John Locke e, sobretudo, pelas ideias do Visconde de Bolingbroke. Do primeiro extraiu a lógica da separação entre os poderes; e do segundo emprestou o princípio de que eles deveriam repousar em equilíbrio. Nunes Leal retira essa conclusão de Arturo Enrique Sampay (*La crisis del Estado de Derecho Liberal-burguês*, 1942), inclusive cita esse autor em nota de rodapé. (1955, p. 100)

<sup>33</sup> “*Frequentemente ocorre na história política e na história do pensamento humano que duas doutrinas, inconciliáveis do ponto de vista lógico, se harmonizam na aplicação, ou na ação, porque ambas, em determinadas circunstâncias, podem conduzir a um mesmo resultado, e em política o que se busca, acima de tudo, são resultados. O cenário político não é uma academia de ciência social: é um campo de ação.*” (NUNES LEAL, 1955, p. 102)

para lhes fazer frente.<sup>34</sup> Segundo o jurista os *founding fathers* foram extremamente hábeis em sofisticar a doutrina de Montesquieu, notadamente pela criação da Corte Suprema. (NUNES LEAL, 1955, pp. 106-108)

Dessa forma, Nunes Leal sintetiza sua leitura a respeito da origem histórica da separação de poderes, onde, para ele, o real problema não estava nos perigos advindos do Executivo, mas na ameaça política advinda das massas populares:

Aí está, portanto, explicado o verdadeiro sentido sociológico da divisão de poderes. Era um sistema concebido menos para impedir as usurpações do executivo do que para obstar as reivindicações das massas populares (ainda em embrião, mas já carregadas de ameaça). (NUNES LEAL, 1955, p. 108)

Porém, com o passar do tempo, a liberdade econômica redundou na concentração capitalista, transformando a estrutura econômica do Estado burguês. De outro lado, a própria classe burguesa foi se tornando cada vez mais heterogênea (a homogeneidade só era obtida quando contraposta aos interesses do “*proletariado*”). Sendo assim, aquela estrutura liberal voltada a um Estado “*neutro*”, “*omisso*”, “*débil*” e “*inativo*”, cada vez mais foi se tornando inadequada. (NUNES LEAL, 1955, pp. 108-109)

Não por acaso, a Inglaterra reviu seu sistema. Optando por um modelo de maior flexibilidade entre os poderes, substituiu o “*sistema de poderes rivais por outro, de conjugação de poder, através do regime parlamentarista.*” (NUNES LEAL, 1955, p. 109). Já os Estados Unidos encontravam-se, ainda, enfrentando as dificuldades de uma organização política que se opunha “*ao bom andamento dos negócios públicos.*” (1955, p. 110). Muito embora essas dificuldades, os norte-americanos

---

<sup>34</sup> A visão de Nunes Leal parece carregada de certo antiliberalismo de esquerda. A tripartição de poderes e a mecânica dos “*freios e contrapesos*” até poderiam servir politicamente às massas populares, mas não poderiam ser resumidas a isso. Inclusive, em outra parte do texto, o próprio Nunes Leal reconhece que a classe operária obteve parte de suas reivindicações por meio do Estado liberal (1955, p. 110). A proposta central era evitar que uma única vertente política (seja de direita ou de esquerda) tomasse posse inteiramente das estruturas de governo, não havendo um necessário contraponto de ideias. É temerário julgar a doutrina de Montesquieu tomando por base o arranjo efetuado pelos norte-americanos, que o fizeram a partir e além daquela doutrina.

estavam adotando soluções “*um pouco à margem do aparelho constitucional.*”

[...] através dos partidos políticos [...] ou através das comissões das câmaras, nas quais o poder executivo se entende com o legislativo, ajustando pontos de vista, coordenando interesses e projetos; ou através das delegações legislativas e da atribuição de funções normativas e jurisdicionais a certos órgãos da administração, etc. [...] Por tôdas essas formas, por todos êsses expedientes de natureza política, e não pròpriamente constitucional, ali se obtém a unidade de ação de que necessita o estado para fazer frente aos grandes problemas de nosso tempo, [...] (NUNES LEAL, 1955, p. 110; 111)<sup>35</sup>

Nunes Leal concluiu, por fim, que a tradicional teoria da separação de poderes era uma construção doutrinária superada pelos fatos. Não mais correspondia às “*necessidades modernas*”. O Estado ativo era uma fatalidade, independentemente da ideologia que se instalasse no poder.<sup>36</sup>

Confrontando Nunes Leal e Cavalcanti, é possível destacar os seguintes pontos convergentes:

- a) partem de um contexto de “modernidade” que forçaria a releitura de “antigos” conceitos, entre eles a separação de poderes;

---

<sup>35</sup> Sobre as funções normativas e jurisdicionais da administração, Nunes Leal remete-se, em nota de rodapé, ao artigo de Bilac Pinto, intitulado *Regulação efetiva dos Serviços de Utilidade Pública*, 1941.

<sup>36</sup> Já que a teoria da separação dos poderes estava condenada, o autor levantou o questionamento a respeito de qual seria a nova técnica de proteção das liberdades. Tal técnica estava por se construir e, segundo o autor, seria realizada pelo próprio povo com a ajuda “*de seus líderes autênticos*”. Porém Nunes Leal advertiu que essa organização do povo só seria possível depois de eliminados os atritos que dividiam a sociedade em dois grandes grupos e por meio de um “*conflito mortal*”. Até lá, os direitos individuais estariam em “*colapso*”. “*Se a sociedade moderna não for alterada em alguns dos seus traços fundamentais, a ponto de atenuar êsse conflito mortal, talvez seja impossível descobrir-se uma nova técnica de proteção das liberdades humanas, e então só estará reservado um período, que ninguém sabe quanto tempo durará, de colapso dos direitos individuais.*” (NUNES LEAL, 1955, p. 113)

- b) necessidade de um intervencionismo estatal (“*Estado ativo*”), que também demandaria uma releitura conceitual;
- c) tais releituras eram exigências de natureza técnica e não política;
- d) uso de modelos referenciais ingleses e norte-americanos;
- e) tolerância quanto a alternativas doutrinárias à margem do texto constitucional;
- f) separação de poderes enquanto “cooperação” de poderes;
- g) as disposições constitucionais excessivamente rígidas (tais como a proibição de delegação legislativa) deveriam ser “devidamente” interpretadas; e
- h) as delegações legislativas não eram em si mecanismos autoritários, elas poderiam conviver com o regular funcionamento dos parlamentos e poderiam funcionar como ferramentas jurídicas voltadas à modernização do aparelho estatal.

## 2.2. PARECERES

A tensão entre delegação legislativa e separação de poderes também foi abordada à época de Themistocles Cavalcanti em outro gênero literário, o parecer jurídico.

Neste item veremos um parecer do jurista Olavo Bilac Pinto (contexto do Estado Novo). O jurista nasceu em Santa Rita do Sapucaí, em Minas Gerais, em 8 de fevereiro de 1908, filho de João Pereira Pinto e de Laura Pereira Pinto. Cursou a Faculdade de Direito de Minas Gerais, diplomando-se em 1930. Foi advogado criminal em Belo Horizonte e professor de Noções de Direito no Departamento de Instrução da Força Pública de Minas Gerais. Em 1934 elegeu-se Deputado à Assembleia Constituinte e à Assembleia Legislativa de Minas Gerais, no ano de 1935, tendo sido cassado após o golpe de Estado de 1937. Dirigiu a Revista Forense. Em 1940 foi membro da Comissão Especial, nomeada por Francisco Campos para elaborar o anteprojeto da Lei Federal de Regulamentação dos Serviços de Utilidade Pública. Em 1943 tornou-se professor catedrático de Direito Administrativo na Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil (RJ), mas foi aposentado compulsoriamente, nos termos do artigo 177 da Carta de 1937, por ter subscrito o “Manifesto dos Mineiros”, vindo a ser reintegrado em 1946. Nos anos de 1944 a 1945 viajou aos Estados Unidos para estudos. Foi líder da bancada da UDN na Câmara dos Deputados no ano de 1962. Em 1963 foi eleito presidente do

diretório nacional da UDN. Em 1965 tornou-se presidente da Câmara dos Deputados. De 1966 a 1970 foi Embaixador do Brasil na França. Em 1970 foi nomeado ministro do Supremo Tribunal Federal, por Emílio Garrastazu Médici, na vaga decorrente da aposentadoria de Themistocles Brandão Cavalcanti. Aposentado da Corte em 1978, por implemento da idade. Faleceu em 18 de abril de 1985, no Rio de Janeiro.

A fonte de referência do autor será um parecer emitido em julho de 1946, tratando dos poderes do Instituto do Açúcar e do Alcool (I.A.A.).<sup>37</sup> Em síntese o parecer examinou pontos da decisão administrativa da Comissão Executiva do I.A.A. que caracterizou como fornecedores de cana-de-açúcar alguns colonos na região de Piracicaba/SP, mesmo depois da Justiça paulista já ter decidido de forma contrária. O momento histórico era o da Carta de 1937. (BILAC PINTO, 1953, p. 250)

O parecer de Bilac Pinto mostra-se útil para os propósitos deste trabalho, pois, além de estar diretamente relacionado à problemática de pesquisa, foi confeccionado por um jurista de relevo da época. Ademais, o parecer se insere em um momento de transição entre o Estado Novo e a redemocratização às vésperas da Constituição de 1946. Muito embora partindo do modelo de 1937 (ainda vigente), os debates a respeito da nova constituição já estavam à tona. Assim sendo, em alguns pontos Bilac Pinto não se contenta em examinar o caso à luz da Carta de 1937, oferecendo uma análise destinada à constituição vindoura. Trata-se de um texto de particular importância para se investigar eventuais alterações conceituais. Entre os pontos examinados pelo parecerista estava o tema da delegação legislativa (que viria a ser proibida na Constituição de 1946).<sup>38</sup>

Para Bilac Pinto a questão de fundo redundava na inevitável discussão sobre a separação de poderes, para ele um “*principio essencialmente político*” que, ao ser incorporado ao direito público, adquiria “*valorização e conteúdo jurídicos.*” (1953, p. 236).<sup>39</sup> Havia

---

<sup>37</sup> PINTO, Bilac. **Estudos de Direito Público**. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

<sup>38</sup> Como visto alhures, essa postura prospectiva também foi adotada por Victor Nunes Leal. Antes mesmo da Constituição de 1946, a proibição da delegação legislativa já recebera críticas dos autores.

<sup>39</sup> Citando um julgado americano (People v. Tremaine, 252, NY. 27, 168 N.E. 817-1929): “[...] *como todos os caminhos levam a Roma, tôdas as questões do direito público conduzem, cedo ou tarde, à separação dos poderes*”. (PINTO, 1953, p. 236)

duas interpretações históricas à separação de poderes. A divergência entre ambas era que, se uma não admitia interferências entre os poderes, haja vista a necessidade de “*independência*”, a outra aceitava que deveria existir uma “*ação recíproca*” voltada à “*mútua limitação*.” (1953, p. 237). Entretanto, no que tange a essa segunda interpretação, não havia consenso quanto às formas de organização desse mecanismo. A França adotava a primeira interpretação e os Estados Unidos, a segunda.

No Brasil, a separação de poderes adquiriu variações ante os diferentes momentos históricos. No período colonial praticamente não houve separação de poderes, porém o autor destaca que, em certos “*institutos da época colonial*”, era possível encontrar de “*forma embrionária a complexa estrutura das modernas autarquias administrativas*”, inclusive o exercício de funções jurisdicionais por parte de órgãos administrativos. (BILAC PINTO, 1953, p. 241)

No império prevaleceu, pelo menos em teoria, a concepção francesa, na qual não se admitia a ação recíproca entre os poderes, como lecionava Uruguai “*‘o grande principio da separação de poderes’*” (BILAC PINTO, 1953, p. 244). Entretanto, com a Constituição de 1891, foi incorporada a interpretação norte-americana da separação de poderes, acolhendo a atuação do judiciário sobre a Administração e abolindo o contencioso administrativo. A Constituição de 1934 adotou solução mista, já que recepcionou a concepção americana, mas fez concessões ao modelo francês (art. 79). (BILAC PINTO, 1953, p. 244-246)

A Carta de 1937, por sua vez, ante a previsão “*imoderada da delegação legislativa, pela atribuição de iniciativa das leis, em principio, ao Poder Executivo e pela faculdade de cassação das decisões judiciais que decretassem a inconstitucionalidade*”, acabou por não se filiar a qualquer das duas interpretações da separação dos poderes. (BILAC PINTO, 1953, p. 248)

Dessa forma, para concluir, Bilac Pinto procurou demonstrar, na introdução de seu parecer, que, ao se examinar a história constitucional do Brasil, não era possível encontrar uma tendência unívoca sobre o princípio da separação de poderes, o que vale dizer, como não havia no país uma tradição específica, o princípio estava à mercê das circunstâncias históricas.

A crítica da época, segundo Bilac Pinto, era que o princípio da separação de poderes estava historicamente superado e era

insuficientemente flexível para se adaptar à “*rápida transformação operada no Estado.*”<sup>40</sup> Assim sendo, “*os desvios mais reiterados, insistentes e inevitáveis do princípio passaram a ser a delegação legislativa e a outorga de funções jurisdicionais a agências administrativas.*” (BILAC PINTO, 1953, p. 248)

Tais estratégias de “fuga” da separação de poderes, muito embora configurassem flagrantes violações ao princípio já que fundadas em uma “*confusão*” de poderes, teriam se tornado comuns em “*todos os países*”. (BILAC PINTO, 1953, p. 249)

Segundo o autor, o momento histórico não era mais aquele da Carta de 1891 e com a nova política intervencionista o Estado teria que mudar suas técnicas de atuação.<sup>41</sup> O Estado tinha, rapidamente, adquirido atribuições sem precedentes, passando a ser “*médico, enfermeiro, professor, construtor de casas, engenheiro sanitário, químico, fornecedor de gás, água e eletricidade, urbanizador, etc.*” (1953, p. 256). Assim sendo, a legislação e os litígios tenderiam a crescer em volume e complexidade. Dessa forma seria inevitável uma releitura da antiga teoria da separação dos poderes, como teria ocorrido nos Estados Unidos e na Inglaterra (BILAC PINTO, 1953, p. 251)

Sobre a Inglaterra, Bilac Pinto cita Frederick John Port: “*“Circunstancias compeliram o Legislativo a autorizar os órgãos da Administração a transporem as suas fronteiras formais, para invadir não só a esfera do Legislativo, senão também, e sob novas formas, a do Judiciário.*” (1957, p. 252).

Sobre os Estados Unidos, a partir de Frederick F. Blachly e M. Oatman (*Administrative Legislation and Adjudication*), Bilac Pinto concluiu que naquele país:

Os mais ortodoxos doutrinadores foram levados a admitir a existência de funções que denominam de ‘quase-legislativas’ ou de ‘quase-jurisdicionais, desempenhadas como parte da atividade administrativa. [...] A legislação e a jurisdição administrativas tornaram-se

---

<sup>40</sup> “*A estrutura orgânica e funcional do Estado, modelada no pressuposto do quadro econômico e social do laissez-faire, teria, necessariamente, que se manifestar inadequada para atender aos novos tipos de atuação que dele se reclamava.*” (BILAC PINTO, 1953, p. 251)

<sup>41</sup> “[...] *cumprir assinalar a intervenção do Estado na ordem econômica e no domínio social, que passou a constituir um dos mais indeclináveis e imperativos deveres do Estado.*” (BILAC PINTO, 1953, p. 250)

características significativas da função governamental. (1957, p. 255)

Conforme o parecerista, a delegação legislativa era uma das características mais marcantes do “*moderno direito constitucional anglo-americano*”, e vinha sendo para o direito brasileiro, há aproximadamente meio século, “*o mais importante repositório de doutrinas de direito público*.” (1953, p. 273).

Frederick John Port, realizando um estudo comparativo entre a Inglaterra e os Estados Unidos, destacou que, neste último, a atuação do Judiciário foi significativa. A despeito das proibições constitucionais, a rigidez das normas era mais uma questão de grau e a Constituição não era um “*conjunto inalterável de regras definitivas, mas, sim, um instrumento amoldável [...]*.” (apud BILAC PINTO, 1953, p. 261)<sup>42</sup>

“Passo a passo, porém, foi sendo consagrado pelos tribunais o princípio da delegação de funções legislativas e jurisdicionais, graças a uma interpretação construtiva da Constituição, que lhe tem dado uma sábia e ponderada flexibilidade, em face dos novos problemas econômicos e sociais.” (apud BILAC PINTO, 1953, p. 261)

Bilac Pinto destaca a maneira com que as delegações legislativas vinham se consolidando nos Estados Unidos, além e apesar dos textos e tradições constitucionais.<sup>43</sup> Citando James Hart, Bilac Pinto registrou que tanto o especialista quanto o leigo manifestavam desconforto frente às normas emanadas dos órgãos administrativos, e frente àqueles “*‘poderes de natureza legislativa exercidos por funcionários administrativos.’*” (apud BILAC PINTO, 1953, p. 274).<sup>44</sup> No entanto, não obstante uma cultura constitucional contrária às delegações legislativas, ganhava força uma “*prática constitucional*” que tacitamente

---

<sup>42</sup> Segundo o jurista inglês: “*[...] os aspectos do direito administrativo que mais cuidadoso exame exigem são os concernentes às (a) funções legislativas delegadas e às (b) funções jurisdicionais atribuídas à Administração.*” (apud BILAC PINTO, 1953, p. 261)

<sup>43</sup> “*O que mais impressiona nessa irreprimível tendência é que ela caminha constantemente, a despeito do ortodoxismo teórico, dos textos categóricos das Constituições, dos julgados antagônicos.*” (BILAC PINTO, 1953, p. 273)

<sup>44</sup> De James Hart, cita a obra *The ordinance making powers of the President of the United States*, Baltimore, 1925 e o texto *The exercise of rule-making power*, in *Administrative Management*, New York, 1937.



as acolhia, ante as necessidades econômicas e sociais. A própria Suprema Corte, talvez por apego formal às tradições constitucionais, admitia a autoridade das delegações, mas lhe negava o caráter “legislativo”, recusando-se a “*dizer que uma pá é uma pá.*” (apud BILAC PINTO, 1953, p. 274).

Por isso que grande parte da doutrina e da jurisprudência se sentia mais à vontade, e quem sabe menos culpada, em conceber a delegação como uma outorga de poderes “quase legislativos”. Aceitava-se materialmente a delegação, recusando-se, porém, em emprestar o termo “legislativo”. Era uma questão menos de substância do que de terminologia.<sup>45</sup>

“O advogado, assim como o leigo, escreve James Hart, frequentemente se vê embaraçado diante da expressão *ordinance making* aplicada aos poderes do presidente. [...] Onde está, nos documentos históricos, a afirmativa ou admissão por qualquer dos fundadores do regime de que ao presidente são facultados tais poderes pela Lei Magna ou que eles possam ser concedidos pelo Congresso? As páginas da jurisprudência da Corte Suprema não contêm desmentido a essas proposições? Tudo isso é verdade. Entretanto, a despeito da teoria ortodoxa, encontramos uma prática constitucional comparável com a *executive ordinance making*. O que a Corte Suprema tem negado, porém, não é a autoridade do primeiro magistrado, mas simplesmente o fato de que tais poderes sejam legislativos. Preferiu considerá-los como administrativos. (HART, apud BILAC PINTO, 1953, p. 274)

Entre nós, Bilac Pinto cita obra do Ministro Castro Nunes (STF):

“Vários fatores concorrem para esse desenvolvimento. Em primeiro lugar o uso cada vez mais freqüente da legislação delegada, comportando maiores ensanchas ao poder regulamentar do Executivo, [...] É uma tendência a que não escapa nem mesmo a Inglaterra, [...]

---

<sup>45</sup> “*Pouca gente se apercebe da grande intensidade com que a Administração pública no Governo nacional norte-americano é controlada por meio de regulamentos ou decretos administrativos com a autoridade formal de legislação.*” (JOHN A. FAIRLIE apud BILAC PINTO, 1953, p. 276)

Conseqüência da mesma expansão administrativa e da necessidade de desconcentrar a atividade estatal, [...] é a instituição dos corpos *paraestatais*, nos quais a lei confere, em extensão variável, poder normativo ou regulamentar [...].” (apud BILAC PINTO, 1953, p. 262; 263)

Por outro lado, Bilac Pinto procura demonstrar que aquela realidade norte-americana atravessara o Atlântico e era possível encontrar no Brasil órgãos, autarquias, fundações e até sociedades de economia mista exercendo atribuições normativas delegadas, conforme a “*letra e o espírito da Carta de 1937*”, resumida por Francisco Campos, seu intérprete autêntico:

“A delegação de poderes não só foi permitida, como se tornou a regra, pois a Constituição prescreve que os projetos de iniciativa do Parlamento devem cingir-se a regular a matéria de modo geral ou nos seus princípios, deixando ao Govêrno a tarefa de desenvolver os princípios e de regular os pormenores.” (Francisco Campos *apud* BILAC PINTO, 1953, p. 278)

A fim de enfrentar essa nova realidade, não obstante o custo constitucional a ser enfrentado, o parecerista concluiu pela necessidade de revisão da separação de poderes, concebendo-se formas de delegação legislativa e a outorga de funções jurisdicionais a órgãos e entidades administrativas.

Para a realização dêsses objetivos, duas práticas se impuseram - a delegação legislativa e a outorga de funções jurisdicionais a órgãos da Administração -, passando a constituir técnicas insubstituíveis, obrigatórias, necessárias, embora representassem tendência absolutamente contrária aos mais sólidos princípios do direito constitucional (BILAC PINTO, 1953, p. 251)

Cumprir destacar que quando da confecção do parecer ora em exame, os debates sobre a constituinte estavam em curso. No meio jurídico já se sabia que na nova constituição seriam proibidas as delegações de poderes. Dessa forma, Bilac Pinto aproveitou o ensejo e advertiu os constituintes:

“[...] o projeto constitucional, ora em discussão, vedando a delegação de poderes e proibindo que

o cidadão investido na função de um dos poderes exerça a de outro, procura lastrear a nossa estrutura constitucional numa concepção obsoleta da separação dos poderes, impossível (sic) com o normal funcionamento do Governo, [...]” (1953, p. 265)

Mesmo antes da promulgação da Constituição de 1946, Bilac Pinto já se mostrava um crítico do futuro texto constitucional, o que demonstra que Themistocles Cavalcanti e Nunes Leal não seriam os únicos a criticarem a proibição das delegações legislativas.

Confrontando os termos do parecer de Bilac Pinto com a doutrina de Themistocles Cavalcanti, é possível adiantar, em síntese, que os juristas comungam das seguintes conclusões:

- a) a realidade incontornável de um Estado Interventor;
- b) a necessidade de se flexibilizar a teoria da separação de poderes; e
- c) a necessidade em se admitirem as delegações legislativas.

É interessante notar que a influência doutrinária dominante, pelo menos em nosso direito administrativo, a francesa e a italiana, pouco a pouco foi dando espaço para a inglesa e a norte-americana.<sup>46</sup> Em especial no tema da flexibilização da separação de poderes, o uso de modelos anglo-americanos era estratégico, pois tratava-se de países em que o Estado Interventor não causara rupturas na tradição liberal e democrática. Se nos berços da separação de poderes os ingleses e norte-americanos estavam revendo o princípio, por que não adotá-los como o modelo?

### 2.3. MANUAIS

Nesse item será abordado o manual de Djacir Menezes (redigido no Estado Novo).

Djacir Menezes foi professor da Faculdade Nacional de Filosofia da Universidade do Brasil e na Faculdade de Direito do Ceará, bem como foi professor de direito administrativo no curso de Administração do DASP (Departamento Administrativo do Serviço Público). Foi professor interino de economia política e história das doutrinas econômicas da Faculdade Nacional de Filosofia da

---

<sup>46</sup> Vide TACITO, Caio. *Presença norte-americana no direito administrativo brasileiro*. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. Jul/Set 1977.

Universidade do Brasil. Representou a Faculdade Nacional de Filosofia no Congresso Brasileiro de Economia, onde apresentou a tese *O dirigismo econômico das democracias*. Também, lecionou economia política na Faculdade de Economia da Associação Cristã de Moços (ACM). Trabalhou no Instituto de Direito Público e Ciência Política (Indipo), órgão ligado à Fundação Getúlio Vargas, onde se tornou colaborador da *Revista de Ciência Política*, periódico que ficou sob a direção de Themístocles Cavalcanti até 1980. Em 1969 tornou-se reitor da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Em 1972 concedeu ao Gal. Emílio Garrastazu Médica o título de doutor *honoris causa*, com base no regimento da instituição que autorizava a concessão do título a “personalidades nacionais e estrangeiras de alta expressão”.<sup>47</sup>

Para este estudo, a fonte de referência do autor será a obra *Direito Administrativo Moderno. Os princípios estruturais do Estado Nacional na Administração Pública* (1943).<sup>48</sup> Tal obra é o resultado das aulas

---

<sup>47</sup> O título foi revogado em dezembro de 2015. < <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/12/1717431-ufjr-revoga-titulo-concedido-a-garrastazu-medici.shtml>>, acesso em 23.4.2015.

<sup>48</sup> Estudioso da obra do filósofo alemão Georg Friedrich Hegel, Djacir Menezes escreveu grande número de livros de direito, economia e filosofia. Publicou *O problema da realidade objetiva* (1932), *Diretrizes da educação nacional* (1932), *Teoria científica do direito de Pontes de Miranda* (1934), *O outro Nordeste* (1937; 2ª ed. 1970), *Direito, socialismo e confucionismo* (1937), *O princípio da simetria e os fenômenos econômicos* (1939), *Naturgesetzlichkeit und soziales leben* (1936), *Economia política* (1936) e *Introdução à ciência do direito* (1938). *Preparação ao método científico* (1938), *O ouro e a nova concepção da moeda* (1941), *As elites agressivas* (1953), *Estudos de sociologia e economia* (1953), *Evolução do pensamento literário no Brasil* (1954), *Raízes pré-socráticas de teses atuais* (1957), *Vida social e criação literária* (1957), *O Brasil no pensamento brasileiro* (antologia, 1958; 2ª ed. 1970), *O sentido antropológico da história* (1959), *Hegel e a filosofia soviética* (1959), *Crítica social de Eça de Queirós* (1962), *Temas de política e filosofia* (1962), *Evolucionismo e positivismo na crítica de Farias Brito* (1962), *Rodolfo Mondolfo e as interrogações de nosso tempo* (1963), *Proudhon, Hegel e a dialética* (1965), *Textos dialéticos de Hegel* (1968), *Poesias heréticas e heresias poéticas* (1970), *Teses quase hegelianas* (1972), *Idéias contra ideologias* (1972), *Filosofia do direito* (1975), *Temas polêmicos* (1975), *Motivos alemães* (1976), *Premissas do culturalismo dialético* (1979), *Tratado de filosofia do direito, Juridicidade em Tomás de Aquino e Karl Marx e Physis: a realidade fundamental*. < <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/djacir-lima-menezes>>, acesso em 23.4.2016.

ministradas por Menezes nos cursos do DASP e segundo Themistocles Cavalcanti tratava-se de um “*estudo brilhante, mas deficiente em sua extensão*” (1964b, p. 41).<sup>49</sup> Vale destacar que na época em que foi escrito o manual o Brasil já tinha se posicionado na Segunda Grande Guerra ao lado dos aliados, seria incoerente a um entusiasta do Estado Novo fundamentar suas ideias somente a partir da Itália e da Alemanha, por isso o uso estratégico de juspublicistas norte-americanos e ingleses.

Coube a Jubé Junior (diretor dos cursos de Administração do DASP) fazer o prefácio da obra, cabendo destacar alguns trechos:

[...] Desligando-se da tutoria da influência francesa, ainda ontem apresentada como novidade, moldou doutrina nova, ao revelar o tratamento dos fenômenos administrativos como função específica de grupos sociais diferenciados. [...] A autonomia conquistada pelo Direito Administrativo, dependente das tendências gerais do Direito Constitucional, tardou, assim, a produzir seus efeitos sobre a dinâmica da administração. Foi-lhe mesmo, por vezes, entrave, enquanto o poder executivo teve que se constituir em órgão hesitante entre a utópica mensuração das interrelações de Montesquieu e a intangibilidade do contrato tradicional sustentada por uma elite, que julgava dever ouvir Rousseau, mesmo depois da grande guerra e às portas da atual. O caráter tradicionalista do Direito Administrativo europeu foi o responsável por esse estado de coisas. [...] O livro de Djacir Menezes [...] é um testemunho tocante da atividade criadora, oriunda da ação do DASP, [...] (apud MENEZES, 1943, prefácio)

No que tange ao objeto desta pesquisa, três capítulos da obra merecem destaque: X (do poder executivo), XIII (legislação delegada) e XVIII (da função legislativa).

---

<sup>49</sup> Themistocles e Djacir foram colaboradores na obra **Estudos em homenagem a J.J. Rousseau**. Rio de Janeiro: FGV, 1962b. Cavalcanti publicou o texto inaugural da coletânea intitulado *A importância de Rousseau* e, em seguida, vem o artigo de Menezes *Reflexos de Rousseau na ideologia política da América Latina*. Em suas obras Menezes cita por diversas vezes o jurista francês Roger Bonnard.

Quanto ao capítulo XIII (legislação delegada), Menezes começa tratando sobre o “*princípio de paridade entre os poderes*” Segundo o autor, sob a égide da Constituição de 1891 a teoria clássica da separação de poderes impedia qualquer tipo de delegação, porém, a “*grande renovação na moderna técnica democrática*” conduzia à participação do Executivo na função legislativa. O princípio da paridade entre os poderes vedando a sobreposição jurídica e política de um poder sobre o outro, fora acolhido na Constituição de 1934, mas omitido na “*Constituição de 1937*”, que se pautou pela máxima de que a “*distribuição da autoridade é organizada para atender às exigências da vida social moderna.*” (1943, pp. 133; 134)

As transformações da vida moderna tinham exigido mudanças na concepção tradicional do Estado, alterando suas diretrizes. Novas tarefas foram destinadas ao governo e aquele modelo “*fazer a lei, executar a lei*” deveria ser revisto. Por isso o processo de fortalecimento do Executivo não era um sintoma de ditadura, como “*ingenuamente*” alguns pensavam. Também, as novas competências legislativas do Executivo eram uma tendência de modernidade, já que, conforme Mirkhine-Guetzevitch, “*o poder executivo exprime a alma da legislação*” (apud MENEZES, 1943, p. 134). Tal tendência vinha ocorrendo na Inglaterra, na França e nos Estados Unidos.

A legislação delegada é, como se pode observar, um fato que se vinha esboçando, e gradualmente se avolumando, na prática das instituições, embora o teorismo renitisse em desconhecê-lo, ou insistisse em mencioná-lo apenas como desvio dos padrões idealizados. (MENEZES, 1943, p. 135)

Menezes conclui que a delegação legislativa era como “*se tratasse de aprovação, pelo legislativo, de lei em branco, ficando ao governo a faculdade de dar-lhes o conteúdo.*” (1943, p. 135). Menezes, na esteira de Francisco Campos, James Hart e Cecil T. Carr, apontava para o crescimento das delegações legislativas em nações desenvolvidas.<sup>50</sup>

A observação dos fatos levava à constatação de que o princípio liberal da tripartição dos poderes deveria ser abandonado, revendo-seo até mesmo o próprio conceito de legislação. Assim como Francisco Campos, Menezes sustentava que a separação de poderes não era um

---

<sup>50</sup> O título da obra de Carr é sugestivo: *Delegated legislation* (1921).

princípio imutável e deveria obedecer às contingências da história.<sup>51</sup> Inclusive, a tese em torno da legislação delegada era sustentada por autores situados em países democráticos. Segundo Carr: *“a legislação delegada como amplificativa e integrativa de legislação direta, não apenas regulamentar, mas criadora e normativa, a ponto de tornar a legislação direta falha e incompreensível se não se consideram ambas como um só corpo de leis.”* (apud MENEZES, 1943, p. 136)

A causa desse fenômeno estava justamente no novo papel que o Estado fora chamado a exercer a fim de tutelar *“interesses complexos”*, exigindo *“rápida e segura”* atuação, incompatível com a lógica dos parlamentos. Além da urgência provocada pela guerra, outro fator histórico (*“a causa principal”*) que justificava as delegações legislativas era a incapacidade do Legislativo em fazer *“frente às situações decorrentes das forças desencadeadas pelas competições econômicas da indústria moderna.”* (MENEZES, 1943, p. 136). Conforme Bielsa, o Executivo se tornava um *“colegislador”* (apud MENEZES, 1943, p. 136)

Porém, a delegação legislativa não redundaria no abandono do Legislativo, mas em uma divisão de competências normativas.

Diz, em síntese feliz, o sr. Francisco Campos: a competência natural do Parlamento é a política legislativa; a competência natural do Executivo, a técnica legislativa. (1943, p. 137)

Essa divisão de competências normativas, sintetizada por Francisco Campos, justificava-se ante as características técnicas que a legislação tinha adquirido e já estaria sendo utilizada por países com regime parlamentar. O lado técnico da lei exigia a contribuição de técnicos situados no Executivo. Segundo Menezes, foi Harold Laski quem melhor explicitou essa competência do Legislativo para definir apenas a política legislativa e, assim, *“aperfeiçoar o processo de edição do direito.”* (MENEZES, 1943, p. 137)

*“[...] quinhentas ou seiscentas pessoas podem discutir com acerto a conveniência da*

---

<sup>51</sup> Contrapondo-se às lições de Ruy Barbosa, sustentadas a partir da Constituição de 1891, Menezes escreveu *“Hoje, com a paisagem social, e política inteiramente diversa, variou a técnica constitucional de distribuição de poderes. Onde estava a ilusão era no confundir tal técnica com a essência da própria democracia. A divisão de poderes é um expediente transitório, que está condicionado por fatores de ordem histórica. Não há, regulando-o, leis imutáveis, que a razão humana tenha descoberto.”* (1943, p. 139)

nacionalização da propriedade; não, porém, os pormenores exatos do processo pelo qual haja de realizar-se a nacionalização”. (apud MENEZES, 1943, p. 137).<sup>52</sup>

Nessa perspectiva, Menezes cita a Carta de 1937 e suas previsões de delegação legislativa, destacando os decretos-leis. Segundo Giraud, tais atos eram emitidos pelo Executivo, mas não se confundiam com os regulamentos de execução, haja vista que podiam abrogar ou emendar uma lei ou “*estatuir inicialmente sobre matéria ainda não prevista em lei anterior.*” (apud MENEZES, 1943, p. 138)

Citando o “*judicioso*” Francesco D’Alessio:

[...] leis criadas pelo executivo, independente de qualquer delegação ou autorização: é um exercício autônomo de emanar normas jurídicas. Esta não se confunde com o clamor do poder regulamentar, pois as normas, no caso considerado, tem conteúdo material de lei. A estes atos é que denomina de “decretos de urgência” ou “decretos-leis”. (apud MENEZES, 1943, p. 138)

Para Menezes, os decretos-leis eram uma verdadeira “*transferência de competência legislativa*”, segundo Bielsa “*substancialmente ato legislativo, formalmente ato administrativo*”, encontrando seu fundamento jurídico no estado de necessidade (apud MENEZES, 1943, p. 138; 140) e sua origem histórica no contexto das crises econômicas e políticas da I Guerra Mundial. Os decretos-leis consistiam em transferências legislativas a partir de dois modos: a) a Constituição autoriza a delegação legislativa (art. 13, Carta de 1937); e/ou b) a Constituição concede por si tal competência ao Executivo (art. 13, Carta de 1937).

Conclui-se, portanto, que Menezes parte de premissas muito próximas às de Francisco Campos, autor que era uma de suas referências diretas. O momento histórico exigia uma reformulação da separação de poderes. As contingências políticas (guerra) e econômicas (industrialização) reclamavam por uma legislação mais rápida e tecnicamente precisa, exigências incompatíveis com a lógica dos parlamentos.

---

<sup>52</sup> Citação a partir da obra *Grammaire de la politique*.



Portanto, a partir da análise empreendida neste capítulo é possível constatar que Cavalcanti compartilhou e reproduziu as concepções difundidas na doutrina de sua época, nos seguintes aspectos: a) a emergência histórica de um Estado “moderno” e “interventor”; b) a necessidade de uma legislação técnica e a incapacidade do Legislativo para assumir toda a tarefa legislativa; c) a ampliação das competências do Executivo e sua maior atuação no campo normativo; d) a adoção dos conceitos de *política legislativa* e *técnica legislativa*; e) o uso dos modelos norte-americanos e ingleses como referenciais; f) a necessidade técnica em se reler “antigos” conceitos, entre eles a separação de poderes; g) a tolerância quanto às alternativas doutrinárias à margem do texto constitucional; h) a compreensão de que as delegações legislativas não eram em si mecanismos autoritários, eis que poderiam conviver com o regular funcionamento dos parlamentos e funcionar como ferramentas jurídicas adequadas à modernização do aparelho estatal.

### 3. A DOUTRINA DE THEMISTOCLES CAVALCANTI

Como visto, Cavalcanti, além da proximidade do tipo ideal do jurista assimilacionista-modernizante, também se alinhava à *vanguarda burocrática e a ideologia nacional-estatista*. Outrossim, há um consenso implícito na cultura política brasileira do passado no sentido de que as instituições e os conceitos deveriam ser adiantados em relação ao estado social, para assim funcionarem como indutores do desenvolvimento. (LYNCH, 2015, p. 04; 06). Os responsáveis por essa releitura conceitual serão os intelectuais da época, entre eles muitos juristas.

Pois bem, o contexto de Cavalcanti, a partir de 1930, é de um *país legal e real* atrasado em relação àqueles considerados modernos e desenvolvidos. Dessa forma, era funcional importar instituições e conceitos que estivessem à frente da realidade e que promovessem uma aceleração do tempo histórico em vista à modernização. É possível analisar a obra de Cavalcanti, sobretudo o tema da intervenção estatal e seus desdobramentos institucionais e conceituais, a partir dessa perspectiva “modernizante”.

Os conceitos jurídicos são criados por circunstâncias políticas, econômicas e históricas e a rápida transformação das sociedades altera o significado pretensamente imutável das formas jurídicas. Isso ocorre, também, no direito administrativo, cujos conceitos, em regra, se caracterizam pela transitoriedade e não pela permanência. (STOLLEIS, 2004, p. 134). Frente às referências teóricas do autor, bem como sua experiência política e profissional, Cavalcanti tinha total consciência da plasticidade da sua matéria.

As transformações no direito público parecem ser mais fáceis de ocorrer ao nível do direito administrativo do que do direito constitucional, seja pela “imutabilidade” das cláusulas constitucionais, seja pelo valor político-simbólico das constituições. Ou seja, as “mutações constitucionais” se operam mais facilmente a partir do direito administrativo. Isso ganha maior significado se for levada em consideração a instabilidade constitucional do período vivido por Cavalcanti. Sobretudo no pós-46, parece que a máxima de Otto Mayer se inverte, enquanto o direito constitucional permanece formalmente, as “reformas constitucionais” se operam por meio do direito administrativo, especialmente na doutrina.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Enfrentando as transformações operadas na dogmática jurídica a partir do fenômeno intervencionista, Vincenzo Vigorita concluiu: “b) *administrativização do Direito Público, no tríplice significado da prevalência*

É possível sustentar que Cavalcanti, por meio de sua doutrina, procurou repensar o direito público a partir e além das raízes liberais a fim de substituir o “*direito administrativo/defesa do indivíduo*” pelo “*direito administrativo/organização do Estado*”, reerguido, entre outras bases, sobre uma “*distinta noção de legalidade*” (GRAU, 2011, p 260).<sup>2</sup> Dessa forma, a obra de Cavalcanti contraria a acusação feita por Eros Grau que a doutrina administrativista brasileira estaria “*até os dias que correm*” (GRAU, 2011, p 256), inspiradas no pensamento liberal.<sup>3</sup>

---

*do Direito Administrativo sobre os outros ramos do Direito Público, sobretudo o constitucional;*”. (apud VENANCIO FILHO, 1968, p. 64)

<sup>2</sup> Conforme Ricardo Virgolino da Silva, a partir dos anos 1920, a ideologia do Estado autoritário intensifica as críticas ao modelo constitucional de 1891 e nota-se uma “*preocupação recorrente entre a intelectualidade em fornecer as diretrizes de um marco institucional pós-liberal.*” (1998, p. 115)

<sup>3</sup> Eros Grau reclama uma nova concepção do direito administrativo para além do liberalismo, mas fala genericamente de uma doutrina brasileira que ainda não tinha superado o paradigma individualista liberal. Porém silencia a respeito de toda uma doutrina administrativista (Themistocles Cavalcanti, é um exemplo) que a partir da década de 1930, de alguma forma, contribuiu na revisão do direito administrativo pátrio. “[...] *Mas, além disso, especialmente no que tange ao direito administrativo, seus fundamentos estão ancorados, ainda, no pensamento liberal. [...] Isso pode ser bem visualizado a partir da definição do objeto do direito administrativo, segundo um autor do século XIX, Cabantous [1873/2]: ‘Le droit administrative est l’ensemble de règles qui fixent les rapports des particuliers avec l’autorité administrative’.* [...] *A razão de ser do direito administrativo encontra-se, nessa sua primeira versão, que inspira nossa doutrina até os dias que correm, unicamente na defesa do indivíduo em face do Estado. Em sua raiz, a fundamentar esse versão que é sem qualquer discussão assumida pela nossa doutrina, instala-se, como pressuposto dela, a crença em uma cisão entre Estado e sociedade. [...] o direito administrativo constituído pela nossa doutrina, embalada pelo individualismo que, com marcas tão profundas, a caracteriza, é produto do liberalismo econômico gestado no século XIX, ainda que sob a máscara do liberalismo político. [...] O fato é que essa doutrina se perde dentro de si própria, porque construída desde a visão do individual, incapaz de perceber que urge reconstruirmos o direito administrativo como regulação da ação do Estado voltada à satisfação do social, e não apenas como conjunto de regras que regula as relações dos particulares com a autoridade administrativa. Impõe-se substituírmos o direito administrativo/defesa do indivíduo por um outro, um direito administrativo/organização do Estado, que não apenas proteja o indivíduo mas, ademais, esteja a serviço da satisfação do social Um direito administrativo erguido sobre uma distinta noção de legalidade, [...] Uma legalidade que não se manifeste exclusivamente no quadro da dialética da autoridade e da*

A partir da obra de Cavalcanti é possível afirmar que o “*necessário*” intervencionismo estatal afetou substancialmente o “velho” e liberal direito administrativo e constitucional. Na ausência da constituição ou à margem das cláusulas constitucionais, as releituras conceituais poderiam ocorrer no âmbito do direito administrativo.<sup>4</sup> Outrossim, é possível localizar a obra de Cavalcanti nos estágios iniciais de um direito público econômico no Brasil (VENANCIO FILHO, 1968).

### 3.1. AS CONCEPÇÕES BÁSICAS DO AUTOR

Os pontos doravante tratados representam noções preliminares à compreensão da obra de Cavalcanti, mostram a visão geral do autor sobre o direito administrativo e servem como ferramentas para auxiliar no estudo dos problemas relacionados com o objeto desta pesquisa.

A perspectiva histórica do direito administrativo brasileiro retrata a maneira com que Cavalcanti vislumbrava o passado e o futuro da disciplina à qual se dedicou. Notadamente, visa a demonstrar que o autor concebia o período pós-1930 como o início de uma nova era no campo jurídico administrativo, em especial se comparado com o período anterior (Primeira República). Cavalcanti faz um uso estratégico da história do direito administrativo brasileiro a fim de legitimar seu contexto como um momento histórico privilegiado, um divisor de águas tanto na teoria do Estado como no direito administrativo.

O conceito de direito administrativo também é um tema relevante para se definir previamente. Mostra o esforço do autor em distinguir o direito administrativo de outros saberes afirmando sua autonomia, bem como traçando o âmbito de alcance do ramo jurídico. Também, retrata a necessidade de modernização da disciplina ante as noções de serviço público e intervenção estatal e serve, também, para antever as preferências doutrinárias do autor.

O tema das fontes do direito administrativo é importante porque demonstra como o autor percebeu a formação teórica da disciplina e

---

*liberdade – uma necessariamente adversa da outra – mas que se imponha como regra de conteúdo (não apenas de limite) da atividade administrativa; legalidade que consubstancie a garantia de fins públicos, na implementação de políticas públicas, e não somente, e de modo exclusivo, a proteção do interesse privado.”* (GRAU, 2011, p. 255; 256; 257; 260)

<sup>4</sup> Essa estratégia não parece estranha aos dias atuais, quando é possível perceber uma alteração significativa no modelo de gestão administrativa a partir da legislação ordinária, destacando-se o modelo gerencial via terceiro setor.

mais uma vez sua preocupação em afirmar a autonomia do campo. Por meio da análise das fontes é possível medir a influência dos diferentes agentes e instituições nas definições e transformações no interior da disciplina. Ou seja, além da importância técnica, o tema das fontes ajuda a revelar os “senhores do direito”, ou seja, os setores e instituições responsáveis para forjar e modificar o ramo jurídico. Destaca-se o amplo conceito de legislação que Cavalcanti utiliza, a importância da jurisprudência, das práticas e costumes e, sobretudo, o relevante papel dos doutrinadores.

Também, para o autor a rígida separação entre direito público e privado não mais se sustentava, redundando na releitura da dicotomia *Estado e Sociedade civil*. A crescente intervenção do Estado reclamaria uma superação entre a clássica distinção, a ponto de público e privado se influenciarem reciprocamente. É possível notar a preocupação do autor em justificar o âmbito de intervenção do Estado em campos até então considerados preferencialmente privados, bem como em emprestar do direito privado conceitos e técnicas para serem usados no direito público sem que, com isso, os ramos perdessem autonomia.

Por fim, é relevante traçar o conceito de Estado Interventor para o autor. Esse esforço é útil à medida que define, mesmo genericamente, um fato que para Cavalcanti seria inevitável e afetaria sensivelmente muitos dos conceitos do direito administrativo e constitucional, redesenhando seus capítulos. Também, é a partir do conceito de Estado Interventor que o objeto desta pesquisa se circunscreve, partindo dele o critério de seleção e análise dos temas relevantes.

### **3.1.1. A História do Direito Administrativo Brasileiro**

É útil para os objetivos desta pesquisa expor a visão histórica de Themistocles Cavalcanti a respeito do direito administrativo brasileiro.

Muito embora, em entrevista, tenha se colocado como o “pai” do direito administrativo<sup>5</sup> (*“Não existe Direito Administrativo no Brasil.*

---

<sup>5</sup> Segundo conferência proferida por Seelaender no VI Congresso de História do Direito em Brasília (2013), outros autores já tinham se autodeclarado como os pais da disciplina (Uruguay, Viveiros de Castro, etc.), o que demonstra o caráter “gelatinoso” do campo no Brasil. Viveiros de Castro, inclusive, foi categórico em afirmar o exaurimento do direito constitucional e o protagonismo do direito administrativo. *“As mais importantes questões do Direito Constitucional estão resolvidas, e nesse ramo do direito parece impossível surgir uma hipótese verdadeiramente nova; ao passo que o próprio período de formação em que se*

*Então, eu planejei o Direito Administrativo de 30, o novo Direito Administrativo*”) não é dessa forma que o autor trata a história desse ramo jurídico em seus manuais, artigos e palestras.<sup>6</sup>

Segundo Cavalcanti, o direito administrativo teve “*no Brasil uma vida brilhante*”, comparado a outros países e nem os “*azares dos diversos regimes políticos*”<sup>7</sup> e a dificuldade de acesso ao material vindo da Europa impediram o estudo da disciplina que, “*medrosamente*”, foi sistematizada por autores franceses e italianos (1964b, p. 23).<sup>8</sup>

No Brasil, o ramo sofreu influências iniciais marcadamente das doutrinas francesas e italianas, mas autores alemães, em especial Otto Mayer, também serviram de referência. Também alguns institutos do direito americano foram ganhando a atenção da doutrina, haja vista as inovações em matéria de pessoal e dos chamados serviços de utilidade pública (1964b, p. 23)<sup>9</sup>

No entanto, tais influências sofreram “*efeitos moderadores*” advindos do respeito às tradições jurídicas e das peculiaridades dos interesses políticos e econômicos brasileiros. Como em todo lugar, o direito administrativo brasileiro ressentia-se de uma imprecisão nas

---

*acha o direito administrativo torna interessantíssimos os seus problemas, sendo o jurisconsulto obrigado a descobrir entre as theorias opostas um critério seguro que o guie no exame das árduas questões da vida forense.”* (1912, p. XIX)

<sup>6</sup> Boa porção da primeira parte desse item é extraída da obra *Tratado de direito administrativo*. Trata-se do vol. 1, 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964b. O texto do tratado já tinha sido publicado no *Jornal do Commercio*, Rio de Janeiro, no ano de 1947b. Muito embora o autor tenha tratado da história do direito administrativo em outras obras, o texto do terceiro capítulo do referido tratado sintetiza a compreensão histórica do autor quanto ao direito administrativo brasileiro.

<sup>7</sup> Depreende-se que, para o autor, o direito administrativo não é diretamente dependente dos regimes políticos e, por reflexo, do direito constitucional. Há, portanto, autonomia do ramo, possibilitando um desenvolvimento relativo frente às intempéries da política. Ele não explica o porquê do termo “*medrosamente*”.

<sup>8</sup> Segundo o autor, o Direito Administrativo surgiu no início do século XIX e junto com a Ciência da Administração substituíram “*o velho sistema de polícia administrativa de objetivos limitados*” e criaram um “*conjunto de preceitos de base científica*”. (CAVALCANTI, 1955d, p. 39)

<sup>9</sup> “*A tradição européia foi superada pela técnica dos sistemas administrativos da América do Norte*” (CAVALCANTI, 1977b, p. 15). Importante destacar a importância estratégica do DASP e dos “*daspinhos*” estaduais na reformulação do funcionalismo público, inspirados no modelo norte-americano. (CODATO, 2008; BERCOVICI, 2010)

definições doutrinárias, na contradição entre elas e a realidade e, em especial, na dificuldade de delimitação frente aos demais ramos do direito. (1964b, p. 23)

Porém, diz o autor que o direito administrativo foi aos poucos impondo sua própria técnica, desenhando seus capítulos que, muito embora “*transplantados*” de outras disciplinas, foram aos poucos tomando sentido próprio sob a “*influência da ação do Estado e do interesse público já agora preponderante.*” (1964b, p. 24)

Necessário destacar como o intervencionismo estatal, aliado ao amadurecimento da ideia de interesse público foram, segundo o autor, elementos essenciais para o desenvolvimento e a autonomia do direito administrativo brasileiro.

Sobre as adaptações do pensamento estrangeiro ao Brasil, Cavalcanti diz que a nossa cultura jurídica se caracteriza pela importação, mas também pela adaptação que cria institutos próprios.<sup>10</sup> O direito administrativo brasileiro se caracterizaria pelo “*ecletismo*” derivado das “*zonas de preferência*” extraídas das “*diversas concepções de direito*”. Para o autor “*é preciso por em relevo a facilidade de adaptação ao nosso país de concepções e institutos*

---

<sup>10</sup> Tratando das importações de conceitos jurídicos na América Latina, Diego Eduardo Lopes Medina sustenta que tais transplantes não devem ser vistos como defeitos da produção intelectual, mas características internas do direito, que devem ser levadas em consideração em qualquer empreendimento crítico. Muito embora tenha como objeto a teoria e a filosofia do direito, a análise do jurista colombiano também é útil à investigação dogmática. O autor se baseia em uma “teoria transnacional do direito”, que consiste na importação de teorias jurídicas produzidas nos países centrais (locais de produção) aos países periféricos (locais de recepção). Não raro, durante esse processo de importação de ideias, os locais de recepção promovem releituras que muitas vezes redundam em coerências, ou discordâncias, nem sempre existentes nos locais de produção. Portanto, em tais culturas jurídicas de recepção, nota-se a presença do sincretismo das ideias. O que vale dizer, muitas vezes as ideias são ressignificadas a partir do contexto de recepção. Trata-se de um trabalho voltado ao estudo da formação do direito em países periféricos, centrado na análise das redes intelectuais e na circulação das ideias no direito colombiano, mas que também pode ser útil como um referencial metodológico para a análise, também, do direito brasileiro. Vide LOPES MEDINA, Diego Eduardo. **Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana.** Universidade Nacional: Bogotá, 2004.

*contemporâneos, bem como a criação de institutos que sejam realmente necessários às nossas exigências”.* (1977b, p.15)<sup>11</sup>

Cavalcanti empresta de Alfred Weber uma concepção de história:<sup>12</sup>

[...] o conceito bem esclarecido de Alfred Weber quando considera essa evolução histórica, em seu todo, como uma sequência de civilizações que se transformam, conservando uma interdependência que dá à História um sentido universal e contínuo, que conduz a humanidade irremediavelmente aos mesmos destinos. (1977b, p. 01).

A cultura jurídica, como toda cultura, deveria ser compreendida não apenas pelos fatores internos, mas, sobretudo, pelas influências externas. A cultura jurídica brasileira sofreu grande influência de Portugal, da França, da Itália e dos EUA. Essas influências não foram homogêneas, nem constantes, nem simultâneas no tempo e no espaço.

---

<sup>11</sup> O excerto foi extraído do texto *A formação jurídica do Brasil*. **Revista de Ciência Política**. Vol 20. n. 03. jul/set 1977. No entanto, a maior parte dessa publicação de 1977 advém da conferência que o autor proferiu na universidade de Poitiers no ano de 1954, ocasião em que recebeu o título de professor *honoris causa* daquela instituição. Essa conferência foi publicada na íntegra com o título *Aspectos da cultura jurídica brasileira*. **Revista de Ciência Política**. Vol. 23, n 2, mai/ago 1980, Fundação Getulio Vargas. Isso talvez explique, em parte, o esforço do autor em afirmar a existência de um direito administrativo brasileiro.

<sup>12</sup> Alfred Weber (30 de Julho de 1868 - 2 de Maio de 1958), irmão de Max Weber, foi um economista, sociólogo e teórico da cultura. Entre 1907 e 1933, foi professor na Universidade de Heidelberg até ser demitido por causa da sua oposição a Hitler e a ideologia nacional-socialista. Reabilitado em 1945, continuou a lecionar no até 1958. Weber apoiou a reintrodução da teoria e modelos causais ao campo da Economia, para complementar a análise histórica. Manteve-se na linha da tradição da filosofia da história. Nessa área, fez contribuições analisando a mudança social na civilização ocidental como uma confluência de civilização (intelectual e tecnológica), processos sociais (organizações) e cultura (arte, religião e filosofia). Levou a cabo análises empíricas e históricas acerca do crescimento e distribuição geográfica das cidades e do capitalismo. Weber viveu na Alemanha Nazista durante a Segunda Guerra Mundial, mas foi uma figura de destaque da oposição intelectual. <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Alfred\\_Weber](http://pt.wikipedia.org/wiki/Alfred_Weber)>, acesso em 25.06.2015.



Da mesma forma, também não se desenvolveram homogeneamente os compartimentos da ciência jurídica (1977b, p. 02)

A assimilação dessas influências não se fez integralmente. Em geral passou-se por uma transformação, uma adaptação por vezes, a ponto de alterar completamente os institutos e conceitos. Segundo Cavalcanti, isso caracteriza a importação das ideias. É muito difícil uma identificação perfeita, por isso a adaptação é necessária, gerando “*um fenômeno de mimetismo, de imitação, mas que somente depois de um processo de ajustamento e de adaptação às condições peculiares a cada país, pode produzir os efeitos desejados*”. Isso o teria ocorrido com os institutos da enfiteuse, do *habeas corpus* e do federalismo no Brasil. (1977b, p. 02)

Na visão do autor, a “*lenta evolução*” do direito administrativo brasileiro ocorreu de forma progressiva, mas só parcialmente linear. Na Primeira República teria havido um retrocesso do direito administrativo.<sup>13</sup> A história da disciplina poderia ser dividida em três períodos: monarquia, república até 1930, república depois de 1930 (período que ele denomina de “*renovação*”). Não por acaso, para o jurista dos tenentes, o ano de 1930 representa um marco entre o “velho” direito administrativo e o “novo”.

- Período Imperial

Conforme Cavalcanti, nesse período os autores estrangeiros que mais influenciaram a doutrina pátria foram De Gerando, Laferrière, Vivien, Cabantous e Macarel. Também, deve-se levar em consideração não apenas a doutrina produzida no país, mas a legislação (“*notável para aquela época*”) e a “*considerável*” contribuição do Conselho de Estado. (1964b, p. 24)<sup>14</sup>

Segundo Cavalcanti, o direito administrativo do Império é fruto da construção jurisprudencial do Conselho de Estado e da legislação

---

<sup>13</sup> Sobre o imaginário de progresso e linearidade da história do direito, vide HESPANHA, 2005.

<sup>14</sup> Sobre o Conselho de Estado no Brasil, vide LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Oráculo de Delfos - O Conselho de Estado no Brasil Império**. São Paulo: Saraiva, 2010. Sobre o direito administrativo brasileiro no Império, vide GUANDALINI, Walter. **Gênese do Direito Administrativo Brasileiro: formação, conteúdo e função da ciência do direito administrativo durante a construção do Estado no Brasil imperial**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-graduação em Direito. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2011.

referente a terras em geral, terrenos de marinha, terras devolutas, águas, minas, concessões de ferrovias, de portos e o regime de garantia de juros, tendo esta sido a base para a construção do sistema de estradas de ferro e navegação. Além disso, destaca-se o debate em torno do contencioso administrativo e a construção doutrinária de Uruguai, Ribas e Pereira do Rego.

Naquela época o direito administrativo não tinha grande amplitude. Seu âmbito de influência se referia apenas às relações entre os administrados e o governo e à organização interna da administração. (1964b, p. 25)

No ano de 1854, a disciplina foi inserida no currículo dos cursos de direito. Em 1855, Antonio Joaquim Ribas iniciou sua “*ádua tarefa*” como primeiro professor da disciplina na Faculdade de São Paulo e, em Recife, o professor Vicente Pereira do Rego publicou o primeiro livro sobre a disciplina (“*Elementos de direito administrativo brasileiro*”).<sup>15</sup> Em seguida foram publicadas as obras de Prudêncio Giralde Tavares da Veiga Cabral (“*Direito administrativo brasileiro*” – 1859), do Visconde do Uruguai (“*Ensaio de direito administrativo*” – 1862), de Francisco Maria de Souza Furtado de Mendonça (“*Excerpto de direito administrativo brasileiro*” - 1865), de Antonio Joaquim Ribas (“*Direito administrativo brasileiro*” – 1865) e de José Rubino de Oliveira (“*Epítome de direito administrativo brasileiro*” – 1865). (1964b, p. 25)

Cavalcanti destaca a obra de Veiga Cabral fazendo um breve resumo do sumário do livro, inclusive, transcreve a defesa do princípio da centralização em Veiga Cabral:

[...] não é um poder atraindo para o centro quase todos os negócios públicos, nem prejudicando a liberdade legal dos cidadãos e da população, como inculcam os seus detratores, pelo contrário, é o princípio mais essencial, mais vital à administração. (1964b, p. 27)

---

<sup>15</sup> O Decreto 608/1851 de 16.08.1851 autorizou o governo a criar novos estatutos aos cursos de Direito e de Medicina, bem como a criação de duas novas disciplinas para as faculdades de Direito: Direito Romano e Direito Administrativo. Ocorre que a criação dos novos estatutos e a inserção dessas disciplinas ocorreu apenas em 1854 (GUANDALINI, 2011, p. 156). Entretanto, já em 1833 foi sugerida pelo Ministro Nicolau de Campos Vergueiro a criação da cadeira de direito administrativo. Para Cavalcanti “*o que mostra a preocupação progressista dos homens daquela época.*” (1977b, p. 02)

O que quer dizer, a centralização seria mais que uma característica, um princípio essencial da administração, compatível com a liberdade. Não é demais lembrar que na época a centralização/descentralização era um dos temas centrais do debate político-constitucional e administrativo, o que mostra o Ato Adicional de 1834 e a Lei de Interpretação. (1964b, p. 26)<sup>16</sup>

Cavalcanti não deixou passar despercebido esse tema que, para ele, não representava apenas um problema de distribuição de competências legislativas entre o Centro e a Província, mas repercutia em questões de *“pura administração”*, tais como a *“polícia repressiva e administrativa.”* (1964b, p. 29). Ainda segundo Cavalcanti, o tema da descentralização era *“o problema mais importante de toda a nossa vida política”* e que no Império já mostrava o característico idealismo das soluções políticas nacionais.<sup>17</sup> Cita, como não poderia ser diferente, o Visconde de Uruguai e sua obra *“Estudos Práticos sobre a administração das Províncias no Brasil”*. Também menciona Tavares Bastos (*“Cartas do Solitário”* e *“Província”*) como o doutrinador que mais se aprofundou no tema, sobretudo na crítica à centralização. De forma não assumida, Tavares Bastos teria recepcionado *“Os Federalistas”* no Brasil imperial.<sup>18</sup>

Ainda sobre a doutrina no período imperial, agora numa perspectiva mais geral sobre a disciplina, destaca a obra de Antônio Joaquim Ribas (*“Direito Administrativo brasileiro”*, 1866), aprovada por resolução imperial para ser usada nas faculdades de Olinda e de São Paulo. Segundo Cavalcanti, muito embora fosse uma obra incompleta, o livro de Ribas registrou o sentido liberal do direito administrativo: *“a*

---

<sup>16</sup> A respeito do Ato Adicional e a Lei de Interpretação, Cavalcanti se posiciona: *“Os perigos de uma descentralização política muito acentuada em um país ainda em formação, sem meios de comunicação e de elementos que apertassem os laços de sua unidade política, somente mais tarde foram bem compreendidos. Um século atrás só a visão de alguns homens excepcionais os pôde prever.”* (1964b, p. 28-29)

<sup>17</sup> *“As construções doutrinárias, teóricas, ideológicas quase sempre prevalecem, e raros são os espíritos que conseguem conciliar esses ideais com a realidade, com as soluções objetivas, cujos frutos somente muito mais tarde podem ser colhidos. [...] O idealismo dominou toda a nossa política, desde a Colônia.”* (CAVALCANTI, 1964b, p. 29)

<sup>18</sup> Sobre Tavares Bastos, Cavalcanti diz: *“Embora seu tom áspero e agressivo e seu feitio exaltado e tempestuoso, é o nome obrigatório no estudo do Direito Administrativo”.* (1964b, p. 30)

*ciência dos direitos e dos deveres recíprocos da administração e do administrado.*” (1964b, p. 31).

Ribas se diferenciava de Uruguai. Este último, segundo Cavalcanti, padecia de um “*vício*”, eis que sobrecarregava seus livros com autores estrangeiros. Tratava-se de uma obra “*mais erudita, mais brilhante talvez, porém, menos pessoal*”. Na obra de Uruguai é possível encontrar um “*político preocupado*” e também um “*estudioso erudito e assoberbado com a quantidade de material acumulado*”, no afã de compor uma síntese da doutrina dominante da época. Para Cavalcanti, o “Ensaio sobre direito administrativo”, não obstante ser um material necessário à disciplina, era apenas uma introdução ao que deveria ser um tratado sobre a matéria. (1964b, p. 31)

Apesar do destaque a esses doutrinadores, Cavalcanti é categórico em afirmar que foi o Conselho de Estado, não obstante seu viés predominantemente político, um dos principais fatores de desenvolvimento do direito administrativo brasileiro no Império. Dos trabalhos do Conselho é possível encontrar uma grande variedade de temas e um repositório “*valioso*” subscrito por ilustres personagens da época. Cavalcanti equipara o Conselho de Estado brasileiro ao francês e ao italiano. (1964b, p. 31)

Essa importância dada ao Conselho de Estado se justificaria, na visão de Cavalcanti, pois o direito administrativo assemelhava-se à *common law*, haja vista ser ele um “*direito jurisprudencial, judge made law*”, assentando-se em um sistema de precedentes. No caso brasileiro, o protagonismo do Conselho de Estado seria até maior, pois além das funções contenciosas e de consulta, atuava na colaboração legislativa. (1964b, p. 32)

- Período Republicano até 1930

Convém registrar que o próprio autor separa a história do direito administrativo brasileiro em antes e depois de 1930.

Em obra publicada no ano de 1933, o jurista deixou escapar sua visão sobre parte da cultura jurídica pretérita, sobretudo a relacionada ao posicionamento dos tribunais: “*um paiz novo, cheio de ideias velhas e de preconceitos jurídicos vetustos. [...] o apego às velhas formulas que não satisfazem às novas gerações.*” (1933, p. 131)

Para Cavalcanti, até 1930, o direito administrativo brasileiro não só teve pouco desenvolvimento como passou por uma “*certa pausa que quase o postergou das nossas disciplinas jurídicas*”, sobretudo nas duas primeiras décadas. Esse “intervalo” na disciplina redundou “*em uma*

*burocracia retardatória, cuja influência far-se-ia sentir até os nossos dias.*” (1964b, p. 33)<sup>19</sup>

No entender do autor, aquela “*pausa*” pode ser explicada pela implantação da unidade de jurisdição e pela dificuldade em se diferenciar temas de direito público e de direito privado.

A unidade de jurisdição fomentou a universalidade do Poder Judiciário ordinário, excluindo qualquer instância administrativa especializada “*immune à revisão dos órgãos judiciários comuns*”. Isso não favorecia o desenvolvimento da doutrina administrativista, que, por sua vez, necessitava de uma formação intelectual distinta dos estudos romanistas e de direito privado que os juízes tradicionais eram formados. (1964b, p. 33)

Enquanto vinculado ao direito público, o direito administrativo pressupunha uma base doutrinária cuja participação do Estado deslocaria certos aspectos do regime jurídico para um setor mais amplo do que o regulado pelo direito privado, exigindo, por consequência, uma técnica e um conhecimento jurídico especializados, para além da formação do jurista comum. O direito administrativo era “*uma especialidade pouco atraente para os nossos juristas*”, dizia Clóvis Beviláqua. (apud 1964b, p. 33)

No entanto Cavalcanti reconhece a importância de várias publicações esparsas (monografias e artigos), entre elas os pareceres jurídicos de Ruy Barbosa e dos Consultores-Gerais da República. Ao que parece, a crítica de Cavalcanti ao período se dá ante a escassez de sistematizações doutrinárias (“manuais”). Quanto aos manuais, destaca as obras de Viveiros de Castro, Porto Carreiro, Oliveira Santos e Alcides Cruz.

Para Rui Cirne Lima, Viveiros de Castro ocupava na literatura administrativista da República o lugar que Uruguai ocupou no período do Império. Cavalcanti subscreve o entendimento de Cirne Lima, com a ressalva de que a obra de Castro sofreu excessiva influência do “Tratado de Derecho Administrativo” de Posada. Uma obra extensa, carecendo de sistematização e ausente certos temas relevantes. (1964b, p. 34)

Cavalcanti cita a obra de Carlos Porto Carreiro (“Lições de direito administrativo”) como de boa linguagem, clareza de estilo e de

---

<sup>19</sup> Em outro texto o autor diz que, na República, não houve desenvolvimento legislativo, mas isso não obstou o desenvolvimento da cultura jurídica nacional pelos intelectuais (doutrina). (1977b, p. 04)

conceitos, com boa distribuição da matéria, porém, meros apontamentos sem o devido aprofundamento.

Em relação a Alcides Cruz (“Direito Administrativo Brasileiro”), tratava-se de um *“excelente compêndio, sem favor uma das melhores obras sobre o assunto entre nós”*, porém, deficiente, eis que não tratava de pontos essenciais. (1964b, p. 34)<sup>20</sup>

Quanto à obra de Aarão Reis, não obstante ser uma valiosa contribuição, tratava-se de *“um livro de um engenheiro para seus alunos de engenharia”*. Dessa forma não obedecia ao sistema, divisão e linguagem dos livros de direito administrativo, *“escritos pelos especialistas.”* (1964b, p. 34)

Manifestando sua tradicional simpatia ao contencioso administrativo, Cavalcanti afirma que o Tribunal de Contas, foi no regime republicano, uma das instituições mais importantes para o direito administrativo, *“das poucas exceções a honrosa exceção.”* (1964b, p. 37)

A despeito de sua restrita competência constitucional, que para o autor deveria ter sido ampliada mesmo com o sacrifício de sua função fiscalizadora, o tribunal proferiu importantes decisões que *“representam a melhor contribuição da jurisprudência administrativa no primeiro período da era republicana”*. Obra de renomados juristas, sua atuação representa uma contribuição *“a ser destacada num regime hostil à jurisprudência administrativa, em que a precariedade do direito interpretado pela administração foi o maior obstáculo ao desenvolvimento do direito administrativo entre nós.”* (1964b, p. 37-38)<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> A crítica de Cavalcanti a essa obra é superficial e pouco clara, atendo-se prioritariamente ao critério quantitativo do livro: *“Alcides Cruz escreveu um excelente compêndio intitulado ‘Direito Administrativo Brasileiro’, sem favor uma das melhores obras sobre o assunto entre nós. Dela saíram duas edições seguidas, em 1911 e 1914. A última corrigida e ampliada, mas compendiada em menos de 300 páginas de texto, o que comprova ainda a deficiência com que foi a matéria tratada, faltando alguns pontos essenciais.”* (1964b, p. 34).

<sup>21</sup> Parece-me que o sentido de “precariedade”, para ser coerente com todo o texto, denota a insuficiência de mecanismos e instituições que favorecessem o contencioso administrativo, que possibilitasse um direito “interpretado pela administração”.

- Período Republicano pós-1930

Os anos pós-30 deixaram profundas transformações no direito administrativo brasileiro. Entre as causas disso Cavalcanti destaca a *“índole dos regimes e a maturidade da disciplina”*. (1964b, p. 38)

Segundo o autor, a década de 30 fez nascer o direito administrativo em sua concepção exata, haja vista a aplicação das normas peculiares aos serviços públicos e às relações entre Estado e particulares. Em outras palavras, o pós-30 marcou o desenvolvimento e a consolidação de um regime jurídico administrativo que, outrora, era incipiente. É também do período a codificação parcial da disciplina (estatuto dos funcionários públicos, os códigos de águas, minas, caça e florestal).

Cavalcanti enumera como causas do desenvolvimento do direito administrativo brasileiro à época:

[...] a estrutura reforçada do Poder Executivo,<sup>22</sup> a ampliação do poder de polícia e de sua conceituação, a penetração mais profunda dos estudos sobre organização do trabalho em geral e dos serviços públicos, em particular, uma vaga tendência para uma tecnocracia, sinceramente ensaiada por alguns estudiosos, foram circunstâncias que influíram poderosamente para um novo surto das ciências administrativas. (1964b, p. 39)

No entanto Cavalcanti menciona que, inicialmente, a disciplina encontrou dificuldades ante a incompreensão entre o direito e a técnica administrativa. Tal incompreensão poderia ser explicada pela *“falta de exame dos fenômenos sociais”*, pelo apego às *“velhas fórmulas jurídicas”* e pela resistência ante o fato de que *“a técnica jurídica também evolui”* e é a expressão de fatores sociais, econômicos e políticos. (1964b, p. 39)

---

<sup>22</sup> Nesse ponto Cavalcanti insere uma nota de rodapé em que cita Radbruch e explica que o direito administrativo não tem lugar nos governos “absolutos”, haja vista que se deve pressupor o *“exame jurisdicional dos conflitos entre o Estado e a administração”* (1964b, p. 38, nota 41-A). Parece que o autor tenta explicar que a dita *“estrutura reforçada do Executivo”* não se confundiria com um governo autoritário e ilimitado, já que existe nela um controle judicial da administração. Em síntese, o direito administrativo pressupunha um Estado de Direito.

Segundo o jurista, o direito, não obstante ser uma técnica, é fundamentalmente relacionado com a ética e a conciliação dos interesses humanos em vista a um equilíbrio político, social e econômico. Dessa forma, seria impossível abstrair o fenômeno jurídico dos temas relativos à sociedade; da mesma forma que não se pode abstrair a biologia da medicina, não se poderia desvincular a sociologia da ciência do direito, eis que “*vivem em situação de interdependência*”. (CAVALCANTI, 1964b, p. 39)

Também, para o autor, o período pós-30 é marcado por uma renovação tecnológica, doutrinária e legislativa. A evolução da técnica administrativa deu um novo sentido aos estudos de Direito Administrativo, que por sua vez foram perdendo seu “*caráter abstrato, doutrinário e apriorístico*”, que tanto caracterizaria a disciplina nos períodos anteriores. Passou a ser um direito mais voltado aos problemas práticos da administração.

Tal mudança pode ser notada no perfil das obras, sobretudo os manuais que ficaram mais extensos e aprofundados, bem como na abundância das monografias. Cavalcanti destaca os temas que mais geraram monografias: serviços públicos e serviços de utilidade pública, municípios e autarquias. O regime jurídico destes era um tema constante. (CAVALCANTI, 1964b, pp. 42-43)

Além das monografias, o autor menciona a contribuição “*valiosa*” dos pareceres dos Consultores-Gerais da República e dos Procuradores-Gerais da Fazenda Pública e os “*excelentes estudos de Francisco Campos*”. (1964b, p. 43)

Também registra a importância da Revista de Direito Administrativo e o trabalho “*extraordinário do Departamento Administrativo do Serviço Público*”, nos seguintes termos:

[...] já cuidando da elaboração de novas normas legais e da Codificação da matéria administrativa, já organizando em moldes modernos os órgãos do Estado, já influenciando no aperfeiçoamento dos funcionários, já interpretando as leis e procurando formar um corpo de jurisprudência administrativa. (1964b, p. 44)

Menciona a importância dos conselhos e instâncias administrativas (Conselho de Minas, Águas e Energia, Contribuintes) que por meio de sua jurisprudência contribuíram com novidades na construção da disciplina. (CAVALCANTI, 1964b, p. 44)



De sua lavra, Cavalcanti cita as duas edições da obra Instituições de Direito Administrativo, o Tratado de Direito Administrativo e o Curso de Direito Administrativo, também menciona um trabalho sobre o regime jurídico das funções públicas (sem citar o título da obra) e dois volumes de pareceres (não cita o nome da obra, que provavelmente corresponde aos *Pareceres do Consultor-Geral da República* – 1955).

Também sobre o tema da história do direito administrativo no Brasil é forçoso mencionar o discurso de Cavalcanti no *I Congresso Brasileiro de Direito Administrativo* realizado em fevereiro de 1975 na cidade de Curitiba/PR.<sup>23</sup>

Salientando seu “*velho, constante e notório*” interesse pela disciplina, Cavalcanti iniciou seu discurso destacando doutrinadores de relevo na área, tais como Ruy Cirne Lima, Seabra Fagundes, Hely Lopes Meirelles e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. Segundo o autor, as gerações do pós-30 implantaram o “*verdadeiro direito administrativo brasileiro*” que, a partir do direito francês, italiano e anglo-saxão, criaram as bases doutrinárias das instituições administrativas pátrias, com características próprias às transformações que o país experimentou.<sup>24</sup> O autor destaca os seguintes temas: organização de pessoal, concessões de serviços públicos, regime jurídico da função pública, organização da administração indireta, etc. (apud FACCIONI, 2008, p. 01)

Ao contrário do período imperial, na Primeira República “*nunca foi sentida a presença do direito administrativo*”, muitas vezes confundido em suas bases com o direito civil. A formação jurídica era predominantemente privatista, assim sendo não havia interesse pelo direito administrativo. Não havia contencioso administrativo e justiça administrativa, tampouco instâncias administrativas decisórias. Vivia-se uma época de “*liberalismo econômico que não exigia interesse pelos problemas do direito administrativo.*” (FACCIONI, 2008, p. 02)

Tratando daquele momento histórico do direito administrativo (década de 70), o autor diz que não obstante os avanços - como por

---

<sup>23</sup> FACCIONI, Victor José. A constituinte de 1988 – 20 anos. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 8, n. 92, out. 2008. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=55347>>, acesso em 21.03.2014.

<sup>24</sup> Em outro texto o autor diz que “*não se pode acusar o Brasil de copiar doutrinas estrangeiras, buscamos lá fora, mas adaptamos às nossas realidades*”. (1977b, p. 14)

exemplo a Revista de Direito Administrativo dirigida pelo Ministro Carlos Medeiros Silva -,<sup>25</sup> ainda era uma área em que todos opinavam e poucos eram os entendidos, faltando um “*controle competente de instâncias especializadas*” e prevalecendo “*certa ignorância generalizada*”. (FACCIONI, 2008, p. 03)

Cavalcanti lastimava que a realização do 1º congresso sobre a matéria tivesse surgido mais de 100 anos depois da criação da cadeira de direito administrativo nas faculdades. Lamentava, também, que o desenvolvimento da disciplina fosse retardado pela falta de uma Justiça Administrativa ou de um sistema de instâncias administrativas especializadas com certa autonomia, capazes de estimular uma efetiva especialização. Segundo o autor, a criação da justiça administrativa teria sido decisiva para o surgimento e desenvolvimento do direito administrativo anglo-saxão. (FACCIONI, 2008, p. 03)

Para Cavalcanti, um importante fator que contribuiu para “alargar” o campo do direito administrativo foi o intervencionismo estatal. Os problemas da época levaram à maior participação do Estado em temas que antes eram reservados à liberdade privada. Esse intervencionismo estatal era visto pelo autor como uma lastimável fatalidade, “*Digo com melancolia: infelizmente, o indivíduo sem o Estado é um desamparado*”. Porém, foi essa necessária e inexorável intervenção do Estado que ampliou os capítulos do direito administrativo relegando à inutilidade os “*velhos*” tratados da disciplina, até mesmo os ensaios de Uruguai. Segundo o autor, “*Esse novo Direito Administrativo pouco tem do seu velho direito*”. (FACCIONI, 2008, p. 04)

Mesmo encontrando raízes no direito estrangeiro e à míngua de estudos tratando especificamente sobre o tema, para Cavalcanti era possível afirmar a existência de um autêntico direito administrativo brasileiro, sobretudo quando se teria por objeto a organização da administração indireta. Destacando a especialização do direito trabalhista, lastimava, porém, a inexistência de uma justiça administrativa, instituição essencial ante a especialização de uma legislação e doutrina em constante mudança e ante o “*risco permanente da prevalência de conceitos civilistas que não tem aplicação ao Direito Administrativo*”. A inexistência de uma justiça administrativa seria um fator de atraso na evolução do direito administrativo brasileiro. (FACCIONI, 2008, p. 04)

---

<sup>25</sup> O mesmo que em entrevista disse “*ser um espírito autoritário*” e “*filho da Constituição de 37*”. (E-44, parte 3, pp. 136-137)

Por fim, citou um tema que em sua visão deveria ser aprofundado pelos juristas da área, aquilo que D'Alessio denominou de *sottoposizioni* do Estado frente ao particular. “*É preciso verificar em que termos pode subsistir uma supremacia do Estado nessas relações e como corrigir as distorções verificadas*”. Nessa medida, o autor demonstra a importância à época do tema em torno do regime jurídico administrativo. (apud FACCIONI, 2008, p. 08)

Muito embora todas as obras e trabalhos esparsos tratando de temas afetos ao direito administrativo - inclusive em seus textos, o próprio Cavalcanti se reporta não poucas vezes a juristas brasileiros, tais como Visconde do Uruguai, Tavares Bastos, Antônio Joaquim Ribas, Alcidez Cruz, Rui Cirne Lima, Viveiros de Castro, Aurelino Leal, Ruy Barbosa, Francisco Campos, etc. -, ainda assim o autor inaugura a segunda edição do primeiro volume das *Instituições de Direito Administrativo Brasileiro* (1938a) afirmando que “*Não tem sido suficientemente compreendida, entre nós, a importância do direito administrativo*”.<sup>26</sup>

### 3.1.2. Conceito de Direito Administrativo

Para Cavalcanti, a Teoria do Estado, sobretudo a sua doutrina particular (Georg Jellinek), antecede o estudo do direito administrativo, mas não o esgota, tratando-se, portanto, de uma introdução geral. (1938a, p. 05; 07)<sup>27</sup>

Inicialmente, convém tratar da relação entre o direito administrativo e os demais ramos do direito. Apesar das íntimas relações entre eles não se poderia confundir o direito administrativo com o

---

<sup>26</sup> Para auxiliar nos tópicos seguintes convém mencionar que essa obra, muito embora publicada no ano de 1938, foi redigida nos anos de 1936 e 1937, antes da outorga da Carta de 1937 (1938a). Quanto ao segundo volume das *Instituições de Direito Administrativo Brasileiro* (1938b), quando a obra estava no prelo instaurou-se o regime discricionário de Vargas. Em sendo assim, esse livro conta com uma introdução na qual Cavalcanti esforça-se em analisar o direito administrativo à luz da nova Carta.

<sup>27</sup> O título 1 (“Princípios fundamentais do Estado”) da primeira parte da obra *Instituições de Direito Administrativo Brasileiro* (1938i), volume 1, aborda temas da ciência política e da teoria geral do Estado. Capítulo 1 – O Estado e seus elementos; Capítulo 2 – Formas de Estado; Capítulo 3 - A Federação e o Estado Federal Brasileiro. Segundo o jurista, “*A teoria geral do Estado é matéria que interessa mais directamente á sociologia e ao direito constitucional. Só accidentalmente e como introdução ao direito administrativo, pode ser aqui examinada.*” (1938a, p. 04)

constitucional, o direito público, a ciência da administração, etc. (CAVALCANTI, 1938b, p. 19)

Não era possível analisar isoladamente nenhum ramo do direito, eis que *“a unidade do direito é um pressuposto da sua própria concepção.”* (CAVALCANTI, 1938b, p. 19).<sup>28</sup> O direito administrativo teria uma *“intima relação”* (1938b, p. 19) com o constitucional, o internacional, o civil e o penal; dentre eles a maior afinidade ocorria com o primeiro, pois eram *“tão íntimas que a dificuldade maior consistiria em estabelecer uma distinção entre os dois ramos do direito público.”* (CAVALCANTI, 1938b, p. 20)

Quanto ao direito internacional, a relação se dava, sobretudo, por conta dos tratados e convenções internacionais relativas ao poder de polícia, existindo, inclusive, um *“direito administrativo internacional”* que consistia na *“aplicação do direito administrativo para resolver questões de direito interno, mas que interessam directamente á ordem internacional. E’, assim, a aplicação das leis administrativas de direito interno nas relações internacionais”*. (CAVALCANTI, 1938b, pp. 22-23)<sup>29</sup>

O regime jurídico brasileiro possuía uma tendência civilista, por isso a relação entre direito administrativo e direito civil era evidente, nomeadamente nas relações administrativas que não se reservavam à esfera do direito público (interesses secundários). Porém, ao contrário de outros doutrinadores (Fritz Fleiner), para Cavalcanti os princípios gerais de direito privado possuíam aplicação secundária nas relações *“strictamente de direito público, visto como este se acha sujeito a*

---

<sup>28</sup> *“Seguindo um processo de diferenciação, a materia juridica vae se destacando das diversas disciplinas jurídicas, creando, assim, ramos novos do direito com caracter autônomo.”* (CAVALCANTI, 1938b, p. 27)

<sup>29</sup> Para o autor, com fundamento no italiano Fedozzi (*Diritto amministrativo Internazionale*), havia uma diferença entre direito internacional administrativo e direito administrativo internacional, porém essa diferenciação é pouco clara. *“[...] O direito internacional administrativo é aquelle que contém normas que interessam á administração e que se acham na esfera do direito administrativo, emquanto que o direito administrativo internacional é aquelle ramo do direito administrativo cuja applicação, embora esteja comprehendido no direito interno, no entretanto, recahe no campo do direito internacional, porque ou se refere a estrangeiros, ou envolve interesses intimamente ligados a pessoas naturaes ou jurídicas estrangeiras. E’ o terreno dos estudos sobre a tributação de emprezas internacionais, da nacionalização de emprezas estrangeiras, etc.”* (CAVALCANTI, 1938b, p. 23)

*principios peculiares inherentes á propria definição do Estado.”* (1938b, p. 25).

Ao contrário de outros autores (Goldschmidt e Sylvio Longi), Cavalcanti se alinha a Arturo Rocco e nega a existência de um direito penal administrativo, nomeadamente porque “*Não se confundem as sanções administrativas com as penas criminaes. As suas finalidades são diversas e o procedimento para sua imposição distingue-se nitidamente*”. (CAVALCANTI, 1938b, p. 28).<sup>30</sup>

Quanto ao direito constitucional, a dificuldade residia não apenas em traçar linhas divisórias ou pontos de contato, mas sim em estabelecer uma diferença em si. Segundo Cavalcanti, o direito administrativo estaria “*subordinado*” ao constitucional já que a esse caberia definir a estrutura do Estado (sua organização, composição dos poderes e as garantias individuais e sociais). O direito administrativo, por sua vez, estudava o mecanismo, o funcionamento, a organização e a atividade do Poder Executivo e a execução dos serviços públicos. (1938b, p. 20)<sup>31</sup>

A referida subordinação se dava na medida em que a organização administrativa estava sujeita às transformações da estrutura constitucional do Estado: “*o direito administrativo terá sempre o caracter e a physionomia do direito constitucional.*” (1938b, p. 20). Na lição de Von Stein, o direito administrativo “*era a constituição em movimento*”; segundo Santi Romano, o difícil seria saber “*onde acaba o direito constitucional e começa o direito administrativo.*” (apud CAVALCANTI, 1938b, p. 20)<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> “*A questão pode ser apreciada sob o ponto de vista material, isto é, quanto ao conteúdo, à natureza das sanções administrativas, e sob o aspecto formal, quer dizer, no que se refere á competência e ao processo para a applicação das sanções e penas decorrentes do regimen administrativo.*” (CAVALCANTI, 1938b, p. 25)

<sup>31</sup> Definição semelhante foi dada por Hely Lopes Meirelles: “*Daí termos afirmado que o Direito Constitucional faz a anatomia do Estado, cuidando de suas formas, de sua estrutura, de sua substância, no aspecto estático, enquanto o Direito Administrativo estuda-o na sua movimentação, na sua dinâmica.*” (MEIRELLES, 1966, p. 10)

<sup>32</sup> No entanto, ao citar a lição de Von Stein acaba por ressaltar o caráter decisivo da estrutura administrativa para a validade e a eficácia de uma constituição. “*Finalmente, VON STEIN, estabelecendo a unidade da idéa política, considera o direito administrativo a constituição em movimento, apresentando os seguintes corollarios ao principio acima firmado: a) o valor de uma Constituição determina-se em relação aos seus meritos em face á administração; não se pode, assim, ajuizar em definitivo sobre o merito de uma*

Não obstante essa “*subordinação*” do direito administrativo ao constitucional, não raro a prática administrativa, tanto no Brasil como no estrangeiro, ocorria à margem das constituições (v.g. decretos-leis, delegações legislativas) e, aos olhos de Cavalcanti, como será visto, isso não parecia tão problemático. Ao que se conclui que essa subordinação era relativa.

Ao tratar da diferença entre Direito Administrativo e Ciência da Administração, Cavalcanti expressa o seu entendimento sobre o conceito de direito e de direito administrativo. A ciência da administração possuía um caráter mais próximo à política, relacionando-se com a conveniência e a oportunidade das diversas formas de agir do Estado. Por isso se ocuparia mais particularmente com a política e a técnica da administração, não se enquadrando dentro da “*rigidez das normas jurídicas*”. Portanto, a ciência da administração teria a “*maleabilidade das ciências empíricas que se amoldam às conveniências de momento e às exigências do interesse público e da administração*”. (CAVALCANTI, 1964b, pp. 16-17)

O Direito Administrativo não se confundia com a ciência da administração, mas a pressupunha para poder melhor definir seu objeto. Enquanto a ciência da administração indicava os processos técnicos que presidiam a atividade administrativa (problemas de direção, de material, de contabilidade, etc.), as normas de direito administrativo, partindo desses elementos, deviam fixar os preceitos reguladores dos serviços públicos, da função pública e das relações entre administração, Estado e particulares. Portanto, competia ao direito administrativo promover a “*ordem e a harmonia da vida do Estado com a administração*”. Existe, desse modo, uma separação de ordem analítica, porém, nas questões práticas, ciência da administração e direito administrativo se complementavam. (CAVALCANTI, 1964b, pp. 16-17)

A ciência da administração precedia o direito administrativo do ponto de vista histórico e colhia sua inspiração doutrinária nos mesmos princípios da ciência política. Segundo o autor “*O essencial é considerar o seu conteúdo como eminentemente técnico e político. A conveniência, o interesse e a oportunidade é que regem os seus princípios. Ao direito administrativo cabe conciliar a finalidade*

---

*Constituição, senão considerando as sua afinidades com a administração. b) quando um povo começa a duvidar seriamente de uma certa administração, essa duvida, dentro em pouco, se transformará certamente na duvida sobre o valor da Constituição.”* (apud CAVALCANTI, 1938b, pp. 20-21)

*daqueles princípios com os princípios de direito*". (CAVALCANTI, 1964b, pp. 16-17)

O direito administrativo, por sua vez, era modernamente definido em função dos conceitos de serviço público e de intervenção estatal. Isso se justifica pela *"amplitude que vem tomando essa disciplina, acompanhando a intervenção cada vez maior do Estado em todos os setores da atividade humana"*.<sup>33</sup> Seu campo abarcaria apenas os princípios e as normas jurídicas, *"excluídas as outras normas de natureza política ou mesmo de ética, que interessam a vida administrativa do Estado"*. Para Cavalcanti, o conceito do italiano Ferrari seria o mais exato: *"[...] uma ciência de organismo, de procedimento jurídico e de tutela jurídica."* (1962c, pp. 17-18)

Percebe-se dessa distinção, também encontrada em outros autores da época, um esforço em separar ciência da administração e direito administrativo visando a dar maior objetividade científica a este último (racionalização formal). Os temas políticos eram deixados à ciência da administração, enquanto o direito administrativo repousava em um mundo jurídico pautado pela técnica. Digno de destaque é que os princípios que regiam a ciência da administração (conveniência/oportunidade/interesse), não por acaso, coincidiriam com as diretrizes do chamado ato administrativo discricionário.

Muito embora isso não fosse assumido explicitamente por Cavalcanti, é possível, a partir de suas obras, ver a discricionariedade mais próxima da Ciência da Administração do que do Direito Administrativo, ou seja, ela pertenceria mais à flexibilidade das escolhas políticas (uma razão de Estado atualizada) do que à rigidez das normas jurídicas. Por esse motivo, seria defeso ao Poder Judiciário estaria imiscuir-se no mérito dos atos discricionários, salvo em caso de abuso do poder discricionário e consequente violação de um direito individual.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> Note-se uma finalidade do direito administrativo para além da concepção individualista-liberal, contrariando o que Eros Grau disse sobre a doutrina administrativista brasileira (GRAU, 2011, p. 255).

<sup>34</sup> *"Do poder executivo depende, especialmente, o funcionamento de todos os serviços públicos, da saúde, da ordem e da segurança coletiva, da vida, da subsistência, do bem estar social de todos os cidadãos. Como realizar essa finalidade, se todos os seus atos, se toda a sua atividade sofrer a contínua fiscalização, o controle permanente do poder judiciário, com o seu critério rígido de apreciação dos fenômenos jurídicos, sem a capacidade de encarar as questões administrativas, por seu aspecto superiormente político, tendo em*

Como capítulo inicial de seus manuais, Cavalcanti procurou trazer uma definição de direito administrativo. Para tanto - como era de seu estilo e não destoando do método praticado por outros autores -, ele elenca uma série de conceitos estrangeiros, trazendo à colação Laferrière, Von Stein, Hauriou, Pressuti, Cino Vitta, D'Alessio, Raneletti, Otto Mayer, Uruguai, Fritz Fleiner, Goodnow e Roger Bonnard. Os autores citados em *Instituições de Direito Administrativo Brasileiro* (1938b) são os mesmos usados na obra *Tratado de Direito Administrativo* (1964b).

É curioso destacar que, na obra de 1938, dentre todas as definições de direito administrativo, Cavalcanti prefere aquela ofertada pelo jurista francês Roger Bonnard, que “*se afigura a definição mais satisfatória, porque abrange toda a complexidade das funções do Estado*” (1938b, p. 08).

“Le droit administratif est cette partie du droit public interne qui a pour objet de prévoir et de régler les interventions administratives de l'État, soit les interventions réalisées par le moyen de la fonction administrative et assurées par les services publics administratifs dont l'ensemble

---

*vista apenas os interesses superiores do Estado? [...] Atos discricionários constitui uma expressão genérica. Compreende modalidades diversas, como, por exemplo, atos políticos, atos de Governo, atos de polícia, etc. Ato discricionário é todo aquele insuscetível de apreciação por outro poder que não aquele que o praticou. Compreende, principalmente, de acordo com a doutrina dominante, uma esfera em que predomina o critério da justiça, conveniência, ou oportunidade. Diz mais com o interesse de que com o direito, e, por esta razão, mais de ordem política de que jurídica, o arbítrio é o elemento que o caracteriza. Existe uma graduação nas diversas modalidades dos atos discricionários. [...] quando a ação dos poderes políticos, no exercício de suas atribuições constitucionais, ferir os direitos individuais, o ato deixa de ser essencialmente, meramente, exclusivamente político para se tornar suscetível de apreciação judicial. [...] Como demonstra muito bem U. Borsi esses atos discricionários da administração não se podem considerar arbitrários, porque ainda se acham vinculados a disposições legais. Apenas, pela sua natureza, fica a administração pública com relativa liberdade na sua aplicação. Por aí se vê como é restrita a ação da autoridade administrativa no exercício dos poderes discricionários que nós chamamos, na esfera puramente administrativa, de poder de polícia. [...] a ação de polícia não pode exceder os limites traçados pela lei positiva. [...] Fica vedada, entretanto, ao exame judicial, a conveniência e oportunidade das medidas”. (CAVALCANTI, 1964b, pp. 247; 248; 250; 252; 253)*



constitue ce qu'on appelle couramment l'administration." (1938b, pp. 07-08)<sup>35</sup>

Na publicação de 1964, Cavalcanti muda de opinião, o que não é de se estranhar tendo em vista o passar dos anos e, talvez, por conta das mudanças políticas, ideológicas e administrativas. Após transcrever *ipsis litteris* a mesma citação atribuída ao jurista francês, Cavalcanti observa que *“Não obstante, o valor dessa definição, não nos parece, porém, que ela atenda a todos os ângulos do problema”* (1964b, p. 12). Diversamente de outrora, não satisfeito com a doutrina estrangeira, nessa obra acaba por ofertar uma definição própria:

*O Direito Administrativo é o ramo do direito público que regula a estrutura e o funcionamento da administração pública, bem como dos organismos criados para executar os serviços públicos; regula, também, as relações entre a administração e terceiros, quando vinculadas às finalidades próprias dos serviços públicos.* (1964b, p. 14)

### 3.1.3. Fontes do Direito Administrativo

Sobre as fontes do direito administrativo, Cavalcanti entende que elas podem ser jurídicas ou estranhas ao direito, por meio de ciências complementares de que se socorrem os juristas e legisladores. As fontes gerais seriam aquelas extraídas das ciências sociais e políticas e os conhecimentos técnicos da ciência da administração. Existiria uma relação quase que genética entre o direito administrativo e os demais ramos do direito, no entanto, aquele vinha se emancipando *“a golpes quase que de força”*. Não obstante, o direito administrativo encontrava suas fontes no direito civil, na legislação processual, na legislação sobre águas, minas, pesca, florestas, legislação mista, civil e administrativa e até penal. Também, na ciência do Estado, no *“chamado direito político ou constitucional.”* (CAVALCANTI, 1945b, p. 17-18)

Como é de se esperar, Cavalcanti enumera a lei como a principal fonte do direito administrativo “moderno”. Tratava-se, em verdade, do ordenamento jurídico, *“toda a escala de normas, na sua hierarquia,*

---

<sup>35</sup> *“O direito administrativo é a parte do direito público interno que tem por objeto prever e regular as intervenções administrativas do Estado, ou seja, as intervenções realizadas por meio da função administrativa e asseguradas pelos serviços públicos administrativos, que constituem juntos o que chamamos comumente de administração.”* (Tradução livre).

*desde a Constituição até as mais elementares.*” (1945b, p. 18). Porém, sua concepção de lei não se limita apenas à vontade do soberano. Para o autor, o direito legislado não podia ser qualquer direito, sob pena de se degenerar em mero procedimento empírico. Antes da lei existiam princípios éticos e sociais indispensáveis à coexistência social, isso em todos os ramos do direito. Havia, portanto, um metadireito que deveria funcionar como referencial à lei, porém ela era a “*fonte, por excellencia, creadora e modificadora de direitos.*” (CAVALCANTI, 1938a, p. 292; 1945b, p. 18)

O poder normativo conferido ao Estado não se esgotava na lei, mas nela encontrava sua fonte primordial, eis que ela era a “*manifestação por excellencia da vontade popular*”, destinada a “*dictar as normas geraes por que se devem regular as relações jurídicas no paiz.*” (CAVALCANTI, 1938a, pp. 291-293). Ocorre que, para o autor, existia um “*direito natural*” preexistente e a lei positiva apenas lhe conferia tutela jurídica. O “*jusnaturalismo*” do jurista possui peculiaridades dignas de nota. Ao contrário da tradição, não se trata de um direito imutável e atemporal, tampouco se reservava ao âmbito individual; ele correspondia a uma categoria social e histórica que vinculava a soberania dos parlamentos. A validade da lei era condicionada não apenas pela autoridade que a confeccionava, mas pela sua conformidade com “*patrimonio moral da sociedade*”.

Nesse sentido, remetendo-se a Jhering e a Laband, disserta:

Temos como certo que a lei obedece, nas suas normas, a uma consciencia collectiva, a um estado de espírito e a uma situação de facto, que varia com o momento histórico. Assim, esse direito objetivado na lei, é um direito natural, porque é uma imposição da consciencia collectiva a que nos referimos, ao órgão legislativo, a quem incumbe disciplinar as normas jurídicas dentro dos quadros e das exigencias do momento. Esse quadro transforma-se, de accordo com as condições sociaes, physicas, economicas, raciaes, etc. [...] Ha, portanto, um direito natural, mas que varia com a época e as condições de momento. Esse direito, o legislador não pode deixar de reconhecer, porque elle integra o patrimonio moral da sociedade. [...] O reconhecimento desses direitos, pelo legislador, tem a virtude de tornar obrigatória a sua existencia, obrigatoriedade que encerra o

poder coercitivo, os meios de tornar efectiva a applicação da norma dictada pelo legislador. (CAVALCANTI, 1938a, 293)<sup>36</sup>

No entanto, quanto às normas de direito administrativo, a “*legislação ordinária*” não bastava, era necessária uma “*legislação complementar*” oriunda da administração - sem abandonar os “*princípios fundamentais da legislação ordinária*” - o que caracterizaria o ramo. A lei representava a “*norma geral que deve orientar a autoridade administrativa.*” (CAVALCANTI, 1938a, p. 290; 1945a, p. 19;)

Dessa forma, o direito administrativo se desenvolvia formalmente por intermédio de uma abundante legislação complementar, elaborada pela administração. Nota-se, portanto, que para o autor o conceito de direito administrativo e o desenvolvimento da disciplina dependiam em grande parte do poder administrativo regulamentar ou daquilo que o autor denominava e que será visto alhures de “*poder normativo da administração*”.

Outra fonte digna de nota é a doutrina.<sup>37</sup> Para o autor a *communis opinio doctorum* “*tem tido uma considerável importância*” para o

---

<sup>36</sup> Sobre a influência da raça na teoria política e do direito, Cavalcanti dissertou: “*Há evidente confusão na determinação dos critérios para definir o princípio da nacionalidade, e isto ocorre, principalmente, pelo interesse em confundir-se raça com nacionalidade. [...] A theoria nacional-socialista, sobre a qual se assenta o regimen actual naquella paiz, considera o povo como factor ethnico, de situações jurídicas fundamentaes na estrutura do regimen. [...] Dentro da theoria de desigualdade das raças humanas, da sua pluralidade da raça, que para os allemães é a raça nordica, aryana, cuja mistura com outras raças não lhe tirou a superioridade. [...] A legislação allemã em 1933 consagrou o principio e tomou severas medidas para afastar das funções publicas e profissionaes aquelles que não tivessem as condições ethmicas exigidas para integrar a concepção racial do povo allemão. [...] Não se justifica, neste passo do desenvolvimento humano, a volta a doutrinas que nunca tiveram confirmação positiva, estabelecendo o Estado limitações que escapam á sua própria possibilidade de controle. O critério biológico é falho, e não basta para justificar uma política economica e as defezas de interesses sociaes relevantes, mas que só encontram solução dentro de um regimen de equilibrio, e não de lutas de raças.*” (1938a, p. 21; 22)

<sup>37</sup> No prefácio da primeira edição da obra *Instituições de direito administrativo*, Cavalcanti adverte: “*Não nos preocupou a parte propriamente legislativa, ou jurisprudencial; preferimos estudar os diversos institutos e a estrutura geral*

direito administrativo, que devia a ela sua autonomia frente ao direito constitucional e civil. Inclusive, a doutrina antecedia o direito administrativo e a ciência da administração. Registre-se, mais uma vez, a tradicional preocupação do autor em distinguir o direito administrativo dos demais ramos jurídicos.

É possível sustentar que essa preocupação ia além do interesse meramente “científico” e atingia as intenções profissionais do autor, afinal, não existiriam “administrativistas” se não houvesse um campo do direito administrativo razoavelmente definido. No ponto, cita Charles Beard (*Public policy and general welfare*)<sup>38</sup> para afirmar a importância do direito e dos juristas para a administração pública moderna, tanto na América como na Europa. (CAVALCANTI, 1945b, p. 19)<sup>39</sup>

É interessante notar como Cavalcanti buscava legitimar os juristas como os especialistas privilegiados na administração, e em assim fazendo, se autolegitimar. Pretendia mostrar como é normal, inclusive em países modernos, que os temas de administração pública fossem tratados por juristas, fazendo crer que são eles personagens indispensáveis na racionalização e modernização da administração do Estado. Note-se o uso do exemplo estrangeiro como estratégia modernizadora do direito nacional.

---

*do nosso regimen administrativo dentro de um largo quadro doutrinário.”* (1938a, p. VI)

<sup>38</sup> Historiador norte-americano. Professor de política na Universidade de Columbia/NY. Obras: *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States* (1913). *Economic Origins of Jeffersonian Democracy*, (1915). *The Administration and Politics of Tokyo*, (1923). Os dois últimos com edição online. [http://pt.wikipedia.org/wiki/Charles\\_Beard](http://pt.wikipedia.org/wiki/Charles_Beard).

<sup>39</sup> “*The first work on Verwaltung (sic) in Germany were on Verwaltunrecht (sic), the law of administration. When the school of Political Science was founded at Columbia University, the leaders in the study of government were men trained in law. The first great American work on public administration was professor Frank G. Goodnow’s Comparative Administrative Law. Law was the beginning if not the end of administration*” (apud CAVALCANTI, 1945, p. 19) (O primeiro trabalho sobre *Verwaltung*/administração na Alemanha foi em *Verwaltungsrecht*/direito administrativo, o direito da administração. Quando a escola de Ciências Políticas foi fundada na Universidade de Columbia, os líderes no estudo do governo tornariam-se homens treinados em lei. O primeiro grande trabalho americano em administração pública foi o *Direito Administrativo Comparado* do professor Frank G. Goodnow. A lei/direito foi o início, se não o fim da administração – Tradução livre).

A jurisprudência, por sua vez, era equiparada à lei como fonte do direito administrativo, *“as decisões e arestos judiciais, com força obrigatória, têm a mesma expressão jurídica da lei. Ainda mais, aos tribunais é dado declarar o próprio sentido da lei, por meio da interpretação”*. Citando Dicey, mas advertindo sobre o exagero dessa perspectiva, o autor disse que o direito administrativo se aproximava da *common law* haja vista sua aplicação flexível e predominância jurisprudencial, notadamente nos países que contavam com um contencioso administrativo, o que facilitava a autonomia do direito administrativo em relação ao civil. (CAVALCANTI, 1945b, pp. 20-21)<sup>40</sup>

Cavalcanti reconhece a importância histórica dos costumes como fontes do direito, mas adverte que o direito moderno fortalece o valor da lei. Manifestando mais uma vez uma visão histórica pautada pela continuidade e pelo progresso, *“a transformação do direito, desde a antiguidade até a idade moderna, é uma escala ascendente de racionalização e sistematização jurídica”*. (CAVALCANTI, 1945b, p. 21)

Dessa forma, o interesse pelos costumes foi desaparecendo à medida que a vida social foi se tornando mais complexa, exigindo *“formas mais rígidas de disciplina social”*, cujo *“aperfeiçoamento do saber humano, especialmente, criou a técnica do direito, a especialização científica e o aparecimento dos juristas. Veio a legislação positiva”*. (CAVALCANTI, 1945b, p. 21)<sup>41</sup>

Entretanto, apesar da diminuição do valor do costume como fonte direta do direito administrativo, modernamente, o direito costumeiro vinha sendo considerado uma relevante referência ao direito legislado, já que, na maioria das vezes, a lei *“é o reconhecimento de uma situação de fato, [...] firmada pelo costume”*. (CAVALCANTI, 1945b, p. 21)

---

<sup>40</sup> Em vários textos, Cavalcanti se mostra um entusiasta do contencioso administrativo. Com base em Bielsa, afirma que a jurisprudência administrativa é uma importante fonte do direito administrativo, principalmente porque vai além da apreciação da legalidade dos atos, avaliando o mérito deles. O mérito dos atos administrativos (conveniência/oportunidade) não seria passível de controle judicial, mas poderia sê-lo por meio do contencioso administrativo.

<sup>41</sup> Pelo conjunto do texto, o que Cavalcanti denomina de *“legislação positiva”* trata-se da lei estatal. Nesse ponto o autor incorre em grave erro histórico ao relacionar o surgimento dos juristas à modernidade do direito legislado. Nesse sentido, vide HESPANHA, 2005.

Partindo da ideia de que os costumes poderiam ser admitidos como padrões de referência da lei positiva (fontes indiretas), Cavalcanti avança ao justificar as práticas administrativas e a jurisprudência como subtipos de costume (Adolf Julius Merkl) (1945b, p. 22-23).<sup>42</sup> Essa concepção parece particularmente relevante para a compreensão do direito administrativo – brasileiro e estrangeiro – eis que não raro as leis em matéria de administração pública nada mais são do que a legalização de práticas administrativas ou mesmo a consolidação de temas sobre os quais a doutrina encontrou uniformidade. Ou seja, uma prática que se transmutaria em norma, a fim de se adequar aos princípios regentes do Estado de Direito, em especial, a legalidade.<sup>43</sup>

Ademais, como será visto à frente, em algumas ocasiões o autor procurou naturalizar (e legitimar) costumes inconstitucionais, como nos casos de delegação ou “*autorização*” legislativa.

### 3.1.4. Direito Público e Direito Privado

---

<sup>42</sup> Adolf Julius Merkl foi um dos mais destacados discípulos de Hans Kelsen, considerado por este como um “*autêntico gênio do pensamento jurídico científico*”. Jurista austríaco, nascido em Viena em 1890, destacou-se no plano acadêmico e nos cargos públicos que exerceu. Em 1920 ingressa como docente na Faculdade de Direito da Universidade de Viena e em 1933 substitui Kelsen nessa universidade. Teve vasta produção científica em direito constitucional e administrativo, Teoria do Estado e democracia. Dentre seus trabalhos destaca-se a obra *Allgemeines Verwaltungsrecht* do ano de 1927, fonte a qual Themistocles Cavalcanti se baseou por diversas vezes. Com a ocupação da Áustria por Hitler em 1938, Merkl sofreu as consequências da “*operação de limpeza na Universidade de Viena*”, sendo aposentado compulsoriamente. Em 1948 é reintegrado à Universidade de Viena e falece em 22 de agosto de 1970. In. *Adolf Julius Merkl: un jurista tan citado como desconocido*. **Revista de Administración Pública**. n. 146, Mayo-agosto 1998. Disponível em <<http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17397.pdf>>, acesso em 26.05.2015. Sobre a obra *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Michael Stolleis “*that not only offered the prevailing administrative law in the conventional positivist manner, but also sought to put the pure theory of law ‘to use’ for administrative law*” (que não somente ofertou o vigente direito administrativo no modo positivista convencional, mas também procurou colocar a Teoria Pura do Direito “a serviço” do direito administrativo – tradução livre) (2004, p. 134).

<sup>43</sup> Sobre o caráter ontológico da legislação, “*A lei (e com melhor razão a Constituição) é apenas o reconhecimento de uma situação de facto.*” (CAVALCANTI, 1933, p. 72)

Para Cavalcanti, admitindo a divisão tradicional, não havia dúvidas em classificar o direito administrativo como pertencente ao direito público, já que seu objeto era regular a atividade do Estado.

No entanto, o autor lança críticas a essa clássica e ancestral divisão do direito.<sup>44</sup> A moderna ciência do direito, pautada pela unidade, não permitiria limitações fechadas ao ponto de isolar as disciplinas. Surgida entre os romanos, a divisão entre direito público e direito privado passou a ser contestada.

A velha divisão do direito publico e do direito privado já não pode ter, na realidade, aquele significação que lhe atribuíam os romanos, tanto mais quanto cada vez se faz sentir com mais rigor a penetração da influência do Estado, mesmo na esfera até hoje reservada ao direito civil. (CAVALCANTI, 1943b, p. 468-469)

Segundo Cavalcanti, a maior intervenção estatal influi na flexibilização dessa dicotomia, já que “*identifica o povo com os deveres do Estado, em uma forma moderna e democrática de colaboração, derrubando a velha barreira entre o indivíduo e o Estado.*” (1943b, p. 470). Tinha se tornado usual a distinção a partir do critério do interesse: se interesse privado, direito privado; se público, direito público. Ocorre que esse contexto promovia um valor excessivo a um elemento que não era exclusivo nem de um nem de outro ramo do direito, formando uma relação artificial entre interesse público e privado. Além do que, para o autor, a predominância do interesse público era de tal ordem que o direito privado seria teoricamente definido por exclusão.

De todos os autores que enfrentaram o tema (cita De Ruggiero, Coviello, Wachter, Kelsen, Jellinek e Fleiner) não haveria aquele que escapasse às críticas, porém Cavalcanti não deixou de transcrever a concepção mais adequada, na sua forma de encarar o problema.

---

<sup>44</sup> Stolleis destaca essa flexibilização entre direito público e privado após o primeiro pós-guerra na Alemanha, sobretudo nos anos 30. Luiz Richter e Arnold Köttgen sustentaram que o aumento da atividade econômica do Estado conduziu a um afrouxamento das fronteiras jurídicas e um obscurecimento dos tradicionais limites entre direito público e privado (STOLLEIS, 2004, p. 204-205). Maria João Estorninho também analisa a relação entre direito público e privado. Segundo a autora, após o advento do Estado social, o direito administrativo passou cada vez mais a lançar mão de conceitos do direito privado. (2009, pp. 39-41)

Talvez com mais justeza, Fleiner tenha analisado a posição dos dois ramos do direito no conjunto do sistema jurídico: *“O direito público e o direito privado não se acham separados por um abysmo. Na vida jurídica eles se penetram e se completam um ao outro. Já fizemos ressaltar de que maneira a mais recente legislação determinou a intervenção do direito público nas instituições de direito privado e em particular no que diz com a liberdade dos contractos. [...] uma relação de direito privado póde servir de base a outra de direito público e produzir consequências do direito publico ou inversamente. Lembremos ainda que existem relações de direito público que devem ter a sua solução dentro das formas de direito privado. Ainda mais, em uma mesma instituição não raro se combinam elementos do direito publico e do direito privado.”* (CAVALCANTI, 1938a, p. 14)

Nesse capítulo de sua obra fica claro que Cavalcanti não pretende encerrar a discussão, mas apontar a fragilidade científica e prática da rígida distinção e em assim fazendo demonstrar como os dois campos se interpenetravam. Sobretudo para o caso brasileiro, ainda muito dominado *“por idéas civilistas, das quaes ainda não nos conseguimos emancipar, infelizmente”*, essa superação da fronteira estanque entre público e privado era essencial para desenhar o novo regime jurídico administrativo, originado da maior intervenção do Estado em campos que tradicionalmente eram circunscritos ao direito privado. (1938b, p. 14)

[...] crear um systema de direito publico cuja applicação na esphera administrativa impõe-se deante das modernas instituições juridicas, creadas em virtude da maior intervenção do Estado na esphera das relações até bem pouco consideradas puramente privadas. (CAVALCANTI, 1938b, p. 14)

Essa interpenetração daria suporte à construção de um regime jurídico especial apto a justificar o aumento da intervenção do Estado, possibilitando o uso de conceitos e técnicas do direito privado nas relações de direito público, sem que, com isso, o direito administrativo perdesse sua autonomia. *“O que se verifica no Brasil, como na maioria*



*dos paizes, é a existência de um regimen jurídico especial, peculiar á administração, que não prescinde da applicação de normas de direito privado para regular determinadas relações jurídicas.”* (CAVALCANTI, 1938b, p. 14)<sup>45</sup>

Portanto, o autor toma o cuidado de flexibilizar a dicotomia *direito público/direito privado* a fim de justificar a intervenção estatal em temas outrora tidos como privados, bem como para aparelhar a administração de mecanismos privados mais “flexíveis” para lidar com a economia.

Essa releitura da clássica dicotomia entre direito público e privado seria útil para abrir caminho para inovações advindas com a tendência intervencionista (*vide próximo item*). Por um lado, auxiliava o intervencionismo na medida em que atenuava a rigidez entre os ramos jurídicos, possibilitando intromissões do Estado em atividades classicamente privadas e expandindo o poder de polícia e o poder regulamentar (publicização de temas privados a fim de regulá-los).<sup>46</sup> De outro vértice, auxiliava o intervencionismo na medida em que autorizava que o Estado e seu direito público se utilizassem de conceitos e instituições do direito privado, quando o Estado assumia um papel ativo na economia, mediante empresas públicas, sociedades de economia mista e concessões. Facilitava, também, a reformulação burocrática do Estado, a fim de adotar procedimentos das empresas privadas (privatização de temas públicos).<sup>47</sup> Possibilitava, portanto, uma troca entre público e privado.

---

<sup>45</sup> Adotou-se como fonte principal de pesquisa a obra de 1938 (*Instituições de direito administrativo brasileiro*), eis que nos demais trabalhos o autor manteve a mesma perspectiva de análise. Nesse sentido, vide Cavalcanti, Themistocles. **Tratado de direito administrativo**. Vol I, 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964b, p. 58-64.

<sup>46</sup> Analisando as transformações da dogmática do direito público operadas a partir do intervencionismo estatal, Vincenzo Vigorita afirma a ocorrência de uma “*publicização do direito – com a predominância progressiva do Direito Público sobre o Privado [...] onde são absorvidas e disciplinadas como atividade do Estado setores de domínio privado tradicional [...]*”. (apud VENANCIO FILHO, 1968, p. 64). Também sobre o tema, vide DRAIBE, 2004.

<sup>47</sup> “*Mas se esta intervenção se impõe como necessária ao estabelecimento do equilíbrio jurídico, se a esfera de influência do Estado se vai dilatando, é preciso que ele abandone os seus velhos processos de administração, se socorra dos meios usados pelas entidades privadas com resultados econômicos comprovados. Desaparece, assim, a noção autoritária do Serviço Público, para se transformar em uma fórmula de colaboração, que tem os seus limites,*

Tal ênfase resta clara quando o jurista trata do regime jurídico das empresas públicas. A partir das lições de George Vedel, Cavalcanti sinaliza a esse “*novo campo do direito administrativo*”, mantendo suas características de direito público, mas passando por uma maior influência do direito privado:

A área comum, a faixa cinzenta, a fronteira do público e do privado, se foi ampliando. É evidente que se a maioria de capital é do Estado, não é possível que êste renuncie as suas prerrogativas, mas nada impede que o próprio Estado, procure recorrer a processos técnicos geralmente aplicados na gestão privada, nos seus serviços industriais ou comerciais. [...] Não vemos, apesar de tudo, que o direito administrativo tenha de renunciar à sua influência sobre tais organizações, mas apenas uma modificação nos seus próprios métodos. (CAVALCANTI, 1955d, p. 57)

Entretanto, em obra da década de 1960, Cavalcanti aponta para o exagero que a seu ver estaria ocorrendo, criticando o que via como uma crescente intromissão do direito público nas atividades empresariais executadas pelo Estado. (1962a, p. 63)<sup>48</sup>

### 3.1.5. Intervenção Estatal

O momento histórico vivido por Cavalcanti caracteriza-se, entre outros aspectos, por um embate político desenvolvido nos meios intelectuais, uma disputa conceitual geralmente caracterizada por dicotomias. Entre esses conceitos encontra-se o significado a ser dado ao intervencionismo estatal.<sup>49</sup> O intervencionismo, além de atrelado à

---

*apenas, na rotina indispensável à estabilidade e segurança do aparelho burocrático. Essa adaptação só pode trazer largos benefícios para a administração.”* (CAVALCANTI, 1943b, p. 469)

<sup>48</sup> Sobre o fenômeno inverso, vide ESTORNINHO, 2009.

<sup>49</sup> A imprecisão terminológica sobre o significado do intervencionismo estatal não era uma exclusividade brasileira. Leciona Venâncio Filho que “*A própria incerteza de terminologia em definir o fenômeno da intervenção do Estado no domínio econômico denota a falta de sistemática dessa intervenção. Nas palavras de Laufenburger, ‘como mostrou Saitzew na sua contribuição aos Estudos Fleiner, a expressão intervencionismo cobre toda uma série de expressões tais como: economia dirigida, controlada ou organizada, capitalismo regulamentado ou planejado, neo-capitalismo, neo-mercantilismo,*

ideia de modernização (VENANCIO FILHO, 1968, p. 36), aparece como um dos conceitos-chave, pois funcionava como um indutor na concepção e/ou releitura de outros conceitos a ele atrelados.

A intervenção estatal, para o autor um fato histórico inexorável, permeia boa parte da obra de Themistocles, sendo “*um dos temas atuais e mais fascinantes do direito moderno.*” (CAVALCANTI, 1958a, p. 445).<sup>50</sup> O tema em si já renderia uma monografia, porém, em um esforço de síntese será tratado em uma perspectiva geral e introdutória. O objetivo é verificar a visão do autor sobre a intervenção e suas eventuais consequências.

Defendia a centralidade no Estado e sua maior intervenção na sociedade e na economia não é uma exclusividade de Cavalcanti, tampouco dos autores nacionais. É sintomático do momento histórico o aumento do intervencionismo estatal e consequentemente do direito administrativo, ramo jurídico que em grande parte racionaliza essa intervenção, possibilitando, inclusive, o surgimento de novos ramos do direito (STOLLEIS, 2004, pp. 213-234).

O fenômeno interventivo, para Cavalcanti, era uma tendência moderna. Para o jurista, sobretudo após as grandes guerras, o mundo atravessava sensíveis transformações na política, na economia e na cultura. O ser humano, esse grande protagonista da história, já não era mais o mesmo. O mundo estava dominado pela técnica. (CAVALCANTI, 1958a, p. 07)<sup>51</sup>

O índice de valores e o seu padrão sofreram modificações - os homens representativos são

---

*reformismo social, estatismo, corporativismo, etc. [...] a palavra intervencionismo parece implicar um fato positivo, uma ação construtiva do Estado. [...]*” (1968, p. 11).

<sup>50</sup> Tratando da ideologia autoritária no Brasil, em especial nas décadas de 1920 e 1930, Ricardo Virgílio da Silva aponta para as estratégias discursivas que adotavam políticas “necessárias” para a superação da crise. “*Partindo de uma visão da crise brasileira como catástrofe iminente e desordem efetiva, os ideólogos do Estado autoritário conduzem suas análises até a proposição de uma forma de organização do Estado, apresentada como ‘necessária’ para a superação da referida crise.*” (1998, p. 105)

<sup>51</sup> Segundo Habermas, “*Desde o último quartel ao século XIX, fazem-se notar nos países capitalistas avançados duas tendências evolutivas: 1) um incremento da actividade intervencionista do Estado, que deve assegurar a estabilidade do sistema e, 2) uma crescente interdependência de investigação técnica, que transformou as ciências na primeira força produtiva.*” (2006, p. 68)

outros – outra a concepção do heroísmo, das virtudes essenciais – *D. Quixote* foi substituído por *Flash Gordon*. A vida espiritual também foi obrigada a se transformar. O romantismo tranqüilo, seguro, com a sensibilidade e a emoção de suas expressões sociais, literárias, artísticas, foi substituído pela vida perigosa, pela luta, pela mobilidade. (CAVALCANTI, 1958a, p. 07)

Em meio a esse mundo técnico e em constante revolução, as instituições políticas e administrativas deveriam passar por uma reforma. A grande “crise do Estado moderno” estava justamente no choque entre as velhas ideias e os novos desafios. Deveriam ser repensados os modelos liberais sobre os quais foram construídas a maioria das instituições políticas.

Esse conflito entre as velhas instituições e a realidade contemporânea, conflito causado, de um lado, pelas transformações sociais e pelo desenvolvimento, e de outro, pela inadequação das instituições políticas tradicionais, constitui a causa mais profunda da crise do Estado moderno. [...] A verdade é que, de toda essa magnífica herança que recebemos dos séculos XVII e XVIII, [...] representam, para nós, fontes inspiradoras de uma política liberal, mas seria ingênuo pretender conservar a estrutura dos sistemas ali preconizados [...]. (CAVALCANTI, 1958a, p. 15)

Ainda que assumidamente sem pretensões acadêmicas, o tema da intervenção do Estado já estava presente no primeiro trabalho do autor (1933), sobretudo no capítulo sobre a ordem econômica e social, que iniciava com a sugestiva frase: “*Neste capítulo devem estar condensados os melhores princípios de toda a obra revolucionária*”. (1933, p. 139)

Inaugurando a primeira edição da obra *Instituições de direito administrativo brasileiro*, volume 1, em 31.03.1936, Cavalcanti já deixava claro que o fio condutor de sua análise do direito administrativo seria o intervencionismo estatal. Para ele aquele momento histórico era marcado pela “*transformação [...] a incerteza e o desequilíbrio de uma época de readaptação das normas jurídicas a uma nova situação de facto*.” (1938a, p. V-VI).

Essa nova situação de fato representava uma “*intervenção cada vez maior do Estado em todos os sectores da actividade humana*”. A repercussão no direito administrativo seria o aumento das estruturas administrativas com a criação de novos órgãos e institutos incumbidos de “*executar directamente as funções do Estado*” (1938a, p. VI). Haveria, portanto, a necessidade de se conceber um novo regime jurídico administrativo.

Cavalcanti, porém, advertia sobre as diferentes faces dessa nova época:

Essa intervenção do Estado, entretanto, embora sob certos aspectos benéfica, porque coordena e auxilia as actividades individuaes, e atende melhor aos interesses collectivos, provoca, por outro lado, uma saturação do poder do Estado, de consequências imprevisíveis. (1938a, p. VI)

No prefácio da segunda edição da obra (08.09.1937), Cavalcanti assume a complexidade e a plasticidade do tema ao afirmar que “*Há campos neutros, areas cinzentas, nas quaes o Estado pode intervir. Elles se enquadram no vasto conceito de interesse público.*” (1938a, p. IX)

Descrevendo o momento histórico, Cavalcanti constata a “*necessária*” intervenção estatal na ordem econômica, social e individual, “*O Estado intervem em todos os sectores: [...] É preciso considerar o Estado, portanto, como ele se apresenta, regulamentando, dirigindo, fiscalizando, etc.*” (1938a, p. 540). Em texto da década de 50 o autor mantém sua opinião quanto à tendência intervencionista, acrescentando que se tratava de uma característica própria do Estado moderno.

[...] a não intervenção é hoje uma tendência vazia de sentido. A própria concepção do Estado moderno contraria a tese, porque já não se trata mais de intervenção, mas de exercício normal obrigatório, necessário, da função estatal. (1955b, p. 50)

A assistência social e a previdência representavam uma “*conquista do direito moderno*”, um “*grande e commovente capitulo da cristianização da política do Estado*”.<sup>52</sup> Essa “*democracia social*”

---

<sup>52</sup> Em outra obra, ao abordar o problema da intervenção do Estado, “[...] a nova política social nada mais fez que senão procurar o equilíbrio econômico em

deveria se adaptar às peculiaridades de cada país, “*sem os vícios e os preconceitos das formas democráticas tradicionais, com base em uma illusoria representação política.*” (1938a, 541)

Para enfrentar os problemas colocados, Cavalcanti empreende um retrospecto histórico partindo do texto constitucional de 1934, no qual, segundo ele, estava definido o regime interventor adotado pelo país. O autor procurou demonstrar que a intervenção estatal não representava uma novidade histórica e poderia variar de intensidade.

À medida que “*as doutrinas políticas evoluem paralelamente com as doutrinas econômicas*”,<sup>53</sup> o autor destaca três momentos históricos em que se percebe a maior ou menor intervenção do Estado na ordem econômica e social. Inicia tratando do mercantilismo e de sua projeção política (absolutismo), depois a reação liberal fundada no “*systema da liberdade natural*” dos indivíduos contra o “*estatismo*”, até encontrar as ideias que se contrapunham ao individualismo, tais como a “*theocratica*” (De Bonald, De Maistre, Lammenais, etc.), a “*escola histórica*” (Savigny, Puchta, Burke, etc.) e o social-sindicalismo (Saint-Simon, Proudhon, Marx, Lassalle, Sorel, etc.). (1938a, pp. 543-546).<sup>54</sup>

A partir desse retrospecto, Cavalcanti afirma que a doutrina liberal “*anti-intervencionista*” “*não tem mais oportunidade*”. (1938a, p.

*jôgo. Verifica-se, assim, uma verdadeira revolução de cima para baixo, inspirada nos mais justos e salutareos preceitos da política cristã.*” (CAVALCANTI, 1958a, p. 450)

<sup>53</sup> Entretanto, é necessário registrar que o pensamento do autor não tende ao economicismo. Para o jurista, por exemplo, o liberalismo econômico e o político não tinham afinidade necessária, estavam mais para uma “*coincidência no tempo*”. Nesse sentido: “*A coincidência do liberalismo político com o laissez-faire e a ausência de intervenção do Estado não obedecem a nenhuma subordinação de princípios. Foi mera coincidência no tempo, com o desenvolvimento do laissez-faire, embora se conciliassem as doutrinas, no terreno ideológico, por uma hipertrofia que bem se ajustava à livre iniciativa e à livre competição.*” (CAVALCANTI, 1954a, p. 22). Vide também CAVALCANTI, Themistocles. **Direito, Política, Economia**. Aula Inaugural dos curso universitários. Rio de Janeiro: Oficina Gráfica da Universidade do Brasil, 1951a.

<sup>54</sup> Em outra obra, ao abordar o tema da intervenção do Estado, inspirado em Jacques Marchand (*La renaissance du mercantilisme à l'époque contemporaine*), Cavalcanti diz que “*a evidência dos fatos conduz necessariamente a afastar no momento os ensinamentos da escola liberal, em crise, e procurar inspiração nas velhas teorias mercantilistas e no estatismo de alguns séculos passados.*” (1958a, p. 451)

542). O estudo do desenvolvimento do Estado demonstra que, se de um lado o Estado liberal não tinha mais lugar, o “*Estado polícia*” também era inadequado. As funções estatais cada vez mais estavam se ampliando rumo a uma “*intervenção progressiva*”. (1938a, p. 542). Nesse sentido:

[...] intervenção, sempre maior, não só no regimen da propriedade, dos meios de comunicação, etc., mas também nos meios de produção, e que se torna effectiva, quer pela administração directa do Estado, quer por uma intervenção indirecta na produção, na troca e distribuição das riquezas. [...] desde a simples tutela e proteção dos interesses individuaes, até á fiscalização da actividade privada naquillo que lhe é mais peculiar, e mesmo a substituição das iniciativas particulares por órgãos especializados da administração publica. (1938a, p. 542)

As causas dessa ampliação das funções do Estado eram variadas, tais como a “*desordem*” econômica (interna e internacional), a indústria pesada, a apropriação privada de grandes capitais, a industrialização e urbanização, as constantes crises e a miséria provocada por elas, enfim, as “*condições do mundo e a crise consequente á agravação de toda a economia pelo fracasso das doutrinas liberaes e da livre concorrência.*” (CAVALCANTI, 1938a, p. 542; 546)

Entre essas causas estava a “*imperiosa necessidade de uma industrialização nem sempre possível*”, sobretudo em “*países de iniciativa privada fraca e deficiente.*” A intervenção do Estado se impunha por necessidade de controle da economia, mas também pela urgência de uma ação supletiva ante a falta de investimentos privados para as indústrias e atividades básicas, bem como, sobretudo no Brasil, em razão da fragilidade da própria sociedade civil. (CAVALCANTI, 1955d, pp. 50; 56)<sup>55</sup>

---

<sup>55</sup> Venancio Filho, em debate na década de 70, fez a seguinte reflexão histórica: “*Tenho a impressão de que adotamos o termo estatização um pouco para distinguir do conceito tradicional de nacionalização. Um pouco, também, porque, no Brasil, como a nação é muito fraca, o Estado assumiu várias atividades. Com a permissão do Prof. Djacir Menezes, usando o termo de Hegel, a sociedade civil é tão débil que se procurou apoio do Estado para intervir na atividade econômica e exercer seu controle.*” (apud CAVALCANTI,

A fim de evitar confusões conceituais e sobretudo ideológicas, Cavalcanti destacou que o fenômeno intervencionista não fora motivado pelo “*movimento socialista*”, mas sim pela natural evolução da economia, coincidindo com “*as transformações do Estado moderno e o desenvolvimento do poder de polícia.*” Como exemplo citou as leis norte-americanas anti-trust e a regulamentação das “*public utilities*”. (CAVALCANTI, 1954a, p. 22).

Ao estudar o Estado e suas funções, Cavalcanti enfrentou o tema da intervenção estatal oferecendo as seguintes perguntas: “*Qual o limite da intervenção do Estado? Qual o terreno em que o Estado não pode intervir?*” (1938a, p. 539). Para o autor o tema da intervenção abalava o pensamento liberal: “*Quaes os princípios com que pode a democracia transigir para sobreviver á crise actual, sem ferir a sua essência? Quaes os princípios liberaes que constituem a essência desses regimes?*” (1938a, p. 540).<sup>56</sup>

Percebe-se, portanto, que, na visão do autor, o fenômeno interventivo era irrefreável, sendo a essência do modelo de Estado considerado “moderno” à época. O grande desafio seria pensar uma estrutura política e administrativa adequada à intervenção, ou seja, um novo regime jurídico e político. O intervencionismo traria benefícios, em especial às populações que dependiam do auxílio do Estado ante as

---

1977a, p. 88). Sobre o protagonismo do Estado no processo de industrialização no Brasil, vide DRAIBE, 2004.

<sup>56</sup> Venancio Filho ilustra bem a tensão entre liberalismo e intervencionismo vivida na época. “*Do ponto de vista doutrinário, a onipresença do Estado impõe o exame dos limites dessa intervenção, pois, segundo A. Piettre ‘a intervenção crescente do Estado colocou-o numa verdadeira posição de instabilidade: como permanecer liberal em política, quando a economia se inclina para o dirigismo? Nessa contradição está inscrita a história contemporânea de nossas instituições’*” (1968, p. 16). Barbosa Lima Sobrinho, em relatório como Presidente do Instituto do Açúcar e do Alcool (IAA) de maio de 1938 a abril de 1946: “*O maior problema da economia organizada consiste, entretanto, em poder limitar o domínio da interferência do órgão controlador . Não há como prever todas as conseqüências de uma intervenção que não acarrete a necessidade de outras providencias, para solucionar problemas que ela própria vai criando*” (apud VENANCIO FILHO, 1968, p. 16). Também João Lira Filho vai nessa direção, em tese apresentada em 1926 em Belo Horizonte: “*Levadas em conta as atuais condições brasileiras, quando e até onde se legitimará a intervenção do Estado na ordem econômica?*” (apud VENANCIO FILHO, 1968, p. 16)



dificuldades da “*vida moderna*”, porém, traria dificuldades em se conceber qual o modelo de intervenção a ser adotado.

Dessa forma, para além das ideias liberais clássicas, as tendências políticas da época eram as seguintes:<sup>57</sup>

- (a) comunismo: “*intervenção completa do Estado; pela absorção do indivíduo pelo Estado ou melhor pela integração e confusão do indivíduo com o Estado*” (1938a, p. 546);
- (b) fascismo: “*onde a economia é dirigida pelo Estado ou pelas corporações*” (1938a, p. 546);
- (c) *New Deal*: “*francamente intervencionista, sendo a economia controlada pelo Estado*” (1938a, p. 547); e
- (d) socialismo reformista: “*economia dirigida, dentro do systema constitucional*” (1938a, p. 547).

Essas tendências variavam quanto ao grau de intervencionismo. De um lado, a máxima intervenção e, de outro, aqueles modelos nos quais o Estado interviria apenas nos assuntos compreendidos nas suas

---

<sup>57</sup> Digno de registro é o debate presidido por Themistocles Cavalcanti abordando o tema *Nacionalização, socialização e estatização*, realizado em 10.12.1976. O Evento foi coordenado por Djacir Menezes e teve como participantes Alde Feijó Sampaio, Alberto Venâncio Filho, Flávio Bauer Novelli, Ney Coe de Oliveira e Adilson Vieira Macabu. Trata-se de uma interessante discussão na qual se percebe claramente a disputa conceitual em torno do tema da nacionalização e da intervenção do Estado. Na instalação dos trabalhos Cavalcanti mostra sua preocupação com o uso “ideológico” que estava sendo feito no Brasil sobre o conceito de “estatização”, inclusive o próprio autor fez *mea culpa* por já ter usado o termo estatização sem maiores aprofundamentos conceituais (vide CAVALCANTI, 1943a). Segundo o jurista nem os autores soviéticos usavam o termo estatização quando enfrentavam o tema da intervenção do Estado. A problemática do debate foi colocada nos seguintes termos: “[...] Existe aí uma questão bastante séria: se esse processo de socialização, ou nacionalização, ou estatização, como quiserem, tem conteúdo ideológico ou se é puramente conjuntural. [...] a nacionalização é feita para atender a uma eventualidade mais ou menos prolongada, havendo naturalmente uma solução regressiva de ficar ad nutum.” Cavalcanti oferece sua opinião, dizendo que “a natureza do regime” de nacionalização, assim como ocorreu nos Estados Unidos, deveria atender a uma situação conjuntural e adotar uma postura regressiva. (CAVALCANTI, 1977a)

funções essenciais, “*definidas na forma mais ou menos elastica do police power.*” (1938a, p. 547)

Cavalcanti estrategicamente não disse a qual dessas tendências ele se filiava. A análise das fontes também não é suficiente para esclarecer as preferências do autor, mas é possível sustentar que, a depender da época e do tipo do texto, ele se aproximou das propostas socialista-reformista, fascista e norte-americana. Convém mencionar, no entanto, que a estratégia corporativista como técnica de intervenção estatal é apenas uma fase no pensamento do autor, que vai de 1937 a 1945. Depois do Estado Novo não era mais aconselhável defender abertamente o corporativismo.

No primeiro caso, em sua primeira publicação, no capítulo que trabalhou o tema da ordem econômica e social no anteprojeto da Constituição de 1934 (Comissão do Itamaraty), o jurista parece simpatizar com a proposta socialista, ainda que fosse uma estratégia meramente retórica. Em defesa da pequena propriedade rural, o autor atacou “*a tendência capitalista de apropriação das grandes propriedades*” como um sistema “*fallido*” econômica e socialmente, eis que fonte de “*opressão e de exploração do homem.*” (1933, p. 144)

Quanto à questão da terra, o jurista parece, até certo ponto, simpatizar com a corrente socialista/comunista.<sup>58</sup> Mesmo não escapando das “*contingências dos factores económicos que atormentam a economia capitalista*”, seria a solução mais lógica e justa, já que “*a apropriação da grande propriedade pelo Estado é muito mais justa do que pelo particular.*” (1933, p. 144)

Partindo do pressuposto que a Revolução de 30 foi algo mais que uma mera troca de grupos no poder, inaugurando uma nova fase econômica e social ao país, para Cavalcanti o ante-projeto da Constituição de 1934 - muito embora ter se afastado “*largamente do programma da democracia liberal*” - não definiu uma ideologia, preocupando-se em traçar flexíveis diretrizes que permitissem o regime

---

<sup>58</sup> O jurista define a função social da propriedade como um avanço civilizacional e o produto de um direito de natureza “socialista”. Nesse sentido: “*Dando á propriedade o seu verdadeiro conceito social, admitindo a intervenção do Estado nas empresas de serviço público ou particular, creando, emfim, um novo direito de tendencias socialistas, o ante-projeto muito realizou em um paiz que ainda soffre a influência das idéas escravocratas. [...] Dizer que a propriedade é função social e admitir, portanto, que a propriedade individual só se justifica com essa restricção, é um axioma já hoje indiscutível em todo o mundo civilizado.*” (1933, p. 140)

da intervenção do Estado como “*órgão controlador, orientador da produção*”, permitindo tanto a “*socialização*” de certas empresas ou bens, como o modelo interventor norte-americano. (1933, p. 146).<sup>59</sup>

Esse texto de 1933 é a única fonte na qual o autor se aproxima dessa perspectiva “socializante”. Nos demais textos Cavalcanti se apresenta contrário ao modelo marxista.<sup>60</sup> É difícil oferecer uma explicação a esse “deslize”, mas é possível sugerir que se tratava de um momento histórico de grande indefinição política, dessa forma, poderíamos ter aqui uma estratégia para melhor se alinhar a alguns setores tenentistas ou mesmo uma postura frente à própria indefinição conceitual vivida na época em torno do tema da intervenção do Estado.

Também é possível interpretar que esse alinhamento de Cavalcanti ao socialismo, notadamente na questão da grande propriedade, como uma estratégia de ataque às elites agrárias supostamente liberais. Importante registrar que, naquele momento, o ataque ao liberalismo, muitas vezes, se confunde com a crítica à República “Velha” e suas oligarquias, não sendo, portanto, necessariamente uma investida contra o pensamento liberal.

Já na obra *Syndicalismo, Corporativismo e Estado corporativo* (1938c) encontra-se o flerte direto de Cavalcanti com o corporativismo, que, para ele, seria uma resposta aos problemas relativos à economia, à democracia e ao autoritarismo.

Quanto à aproximação do autor ao modelo norte-americano, verificam-se as constantes citações de administrativistas e

---

<sup>59</sup> “*ainda estamos organizando a nossa economia. [...] inevitável solução do problema no sentido da socialização das concessões de serviços públicos de energia elétrica. A forma adotada pelo ante-projeto não exclui, em absoluto, a socialização, ou a exploração pelo Estado, como já fizeram a Austrália, a Nova Zelândia, a Áustria, a Alemanha, a Suíça e outros países, sob diversas modalidades, nem tampouco o systema americano das comissões de serviços de utilidades pública, [...].*” (CAVALCANTI, 1933, p. 149)

<sup>60</sup> “[...] *prevalece o conceito de Ernest Barker de que difícil é viver o meio caminho entre o marxismo e a democracia. São duas coisas incompatíveis; e aquele que tentar viver, ao mesmo tempo, os dois sistemas, em sua integridade, sentir-se-á irremediavelmente dividido e será causa de distúrbio social. [...] a democracia não tem nenhuma doutrina; é idéia acessível a todas as doutrinas, mas condicionada ao livre debate; [...] O marxismo, porém, é uma doutrina impenetrável às demais, essencialmente intolerante.*” (CAVALCANTI, 1954a, p. 26)

constitucionalistas daquele país, sobretudo nos textos pós-1946.<sup>61</sup> Esse sistema, para o autor, representava uma proposta de intervencionismo alinhada com a democracia, eis que social, mas não socialista.

A estatização é processo mais rígido, sugere a idéia de *incorporação* ao Estado, de extensão a um maior número de atividades, do mesmo processo de administração e de gestão. Talvez seja esta a técnica dos sistemas socialistas, mas não o será dos países que vivem sob o regime de social democracia. *Mutatis mutandi*, não foi outro o objetivo de largo plano do *new deal*, impregnado de um profundo sentido social, mas sem qualquer vislumbre de uma *política socialista*. (1955, p. 50)

Inclusive, os Estados Unidos teriam concebido um modelo “*aparentemente contraditório*”, mas que conciliava a livre competição com o intervencionismo estatal, sobretudo, como será visto, por mecanismos fundados na “*colaboração*” entre os poderes. (CAVALCANTI, 1951a, p. 11)

Entretanto, para o autor, seria “*temerário*” e “*ingênuo*” classificar as diversas formas de intervenção do Estado, bem como redefinir os campos imunes a essa tendência: “*a regra hoje é a intervenção, desde que o interesse publico a justifique [...] seria temeridade afirmar a existência de qualquer forma de actividade em que se declarasse*

---

<sup>61</sup> Destacam-se: Cavalcanti. Themistocles. *O princípio da separação de poderes e suas modernas aplicações*. In. **Cinco Estudos**. Rio de Janeiro: FGV, 1955; *A intervenção do Estado e as suas consequências na estrutura administrativa*. In. **Cinco Estudos**. Rio de Janeiro: FGV, 1955; *A Constituição de 1946*. In. **Revista de Direito Administrativo**. Vol. VII. Jan/Mar. Rio de Janeiro: 1947; *Intervenção da União no domínio econômico*. In. **Estudos sobre a Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: FGV, 1954; *A ordem econômica nas Constituições*. In. **Revista Forense**. Vol. CXXII. Ano XLVI. Mar. Rio de Janeiro: 1949; *O Estado e a ordem econômica – Problemas de técnica legislativa*. In. **Revista de Direito Administrativo**. Vol. 25. Jul/Set. Rio de Janeiro: 1951; *Tendências modernas do direito administrativo*. In. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Fascículo 475, 1943; **Teoria do Estado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. Nessa última obra, ao tratar do tema da intervenção do Estado, registra que “*É este o espetáculo, por exemplo, de uma das maiores democracias, como a dos Estados Unidos da América do Norte*”. (1958, p. 450)

*vedada, proibida, a intervenção, pelo menos normativa, do Estado.”* (1938a, p. 547).<sup>62</sup>

Outrossim, para Cavalcanti, eram incontestes a existência de casos em que o Estado substituiu os particulares no exercício de atividades consideradas exclusivas à iniciativa privada. (1938a, p. 547)

Desse modo, assumida a intervenção estatal como uma tendência necessária nas funções modernas do Estado, Cavalcanti adverte quanto à maneira como ela poderia operar. Era preciso fazer uma distinção entre aqueles regimes que se circunscreviam em fórmulas constitucionais, cujo Estado se vinculava a “*normas e formalidades rígidas*” sob o amparo do Poder Judiciário; e aqueles que adotavam um “*regime dictatorial*” à margem das exigências constitucionais (1938a, p. 547).<sup>63</sup> Note-se que a Constituição deveria ser o referencial para se avaliar as tendências intervencionistas, o que não impediu que o autor formulasse uma doutrina à margem das regras constitucionais, como no tema das delegações legislativas e decretos-leis.

Muito embora não fique claro o que Cavalcanti entende por “intervenção do Estado” - essa imprecisão era comum no contexto da época - é possível concluir que, no seu modo de ver o problema, não se tratava de um fenômeno sem precedentes históricos. Naquele momento vivenciado era de uma necessária ampliação da função interventiva ante os desafios da época, sobretudo os econômicos.

Do ponto de vista jurídico, o autor adota uma flexível concepção de intervenção estatal, moldada a partir de um conceito também flexível, qual seja, o interesse público. O interesse público justifica a intervenção, por conseguinte, a indefinição e a plasticidade daquele conceito são comunicadas à noção de intervenção do Estado, operando de forma

---

<sup>62</sup> “*Há, portanto, uma forma de coação necessária, que se vai cada vez mais ampliando, e que teremos de considerar sempre legítima quando se destinar, usando a velha forma tomista, insubstituível, ad bonum commune.*” (CAVALCANTI, 1943b, p. 469)

<sup>63</sup> “*Nesse último caso, sobretudo quando a ditadura se torna permanente e a razão de ser do regime, abre-se caminho a um totalitarismo onde repousa a máxima intervenção do Estado ao ponto de extravasar o campo temporal e afetando até mesmo a religião*” (1938a, p. 548). Em outro texto, “*A chamada intervenção do Estado não constitui nenhum processo revolucionário, senão processo normal da vida democrática, desde que sejam respeitados os princípios fundamentais da Constituição, especialmente os direitos de propriedade, em tôdas as suas manifestações. [...] É o respeito às bases do sistema jurídico vigente que legitima a intervenção do Estado no domínio econômico.*” (CAVALCANTI, 1954a, p. 26)

semelhante como na relação entre interesse público e poder de polícia. A intervenção poderia ocorrer por diferentes técnicas, dentre as quais: o poder normativo, os serviços públicos, o poder de polícia, as atividades empresariais exercidas pelo Estado e a cooperação com particulares, a fim de realizar serviços e obras de interesse público (1954a, p. 25). Entretanto a justificativa da intervenção, a finalidade e o alcance dependeriam de razões de interesse público.<sup>64</sup>

Tratando sobre a conveniência e a oportunidade da intervenção:

Sendo o regime democrático sistema político criado para organizar a coletividade e assegurar o bem comum, o interesse público, o bem estar da comunidade humana, é lógico que, somente quando se destina a atender êsse objetivo, é que legítima é a interferência do Estado. [...] Variável e flexível é o conceito de interesse público;" (1954a, p. 27)

Dessa forma, entre os conceitos de intervenção do Estado e interesse público formar-se-ia quase que uma tautologia jurídica.<sup>65</sup>

Não obstante a elasticidade do conceito de interesse público, sobretudo no âmbito econômico, sua medida seria definida "*pelos órgãos próprios de intervenção, os juízes desse interesse*", encontrando limites no "*próprio sistema político*." Ademais, em última instância o

---

<sup>64</sup> "[...] a noção de serviço público varia de país a país, no tempo e no espaço, que o seu conteúdo obedece a condições econômicas e ideológicas políticas em que o Estado se apresenta como detentor de maior ou menor soma de poder. [...] a medida da intervenção do Estado na vida individual obedece a uma curva sem fim, onde as reações se sucedem, num ritmo uniforme, ora no sentido do estatismo, ora do liberalismo econômico, dentro da qual se enquadram as doutrinas políticas que se relacionam com a medida da intervenção do Estado" (CAVALCANTI, 1943a, pp. 24; 25). Note-se que durante o Estado Novo o liberalismo de Cavalcanti esteve aberto ao intervencionismo conduzido a partir de escolhas políticas.

<sup>65</sup> Tratando do anteprojeto da Constituição de 1934, "*A malleabilidade dos principios ali firmados abre largos horizontes a uma politica de reivindicações*" (CAVALCANTI, 1933, p. 139). Já em textos da década de 50: "*Sob a denominação de 'poder de polícia' todos os interesses públicos têm sido protegidos [...]. A política intervencionista alicerça-se desta forma sobre bases maleáveis, oportunistas.*" [...] "*O interesse público, o interesse social, as leis de ordem pública são outros tantos rótulos com que se vêm apresentando as numerosas formas de intervenção do Estado [...]*". (CAVALCANTI, 1958a, pp. 446; 450; 451)

“juiz” desse interesse público seria o Legislativo. (CAVALCANTI, 1954a, p. 27)<sup>66</sup>

Com relação à questão política, o modelo liberal de Estado estaria superado historicamente, porém, haja vista a distinção entre Estado interventor constitucional e ditatorial é possível perceber que a investida do autor era mais contra o liberalismo econômico do que contra o político, já que, como destacado alhures, para o jurista a relação entre eles era meramente uma “*coincidência no tempo*”.<sup>67</sup>

Foi o liberalismo econômico, ou melhor, o individualismo se refletindo na política econômica, que procurou criar a barreira intransponível à atividade estatal, mas os fatos se encarregam de mostrar que o sistema de fronteiras entre o indivíduo e o Estado, havia de ser superado pela função social de Estado moderno. (CAVALCANTI, 1955d, p. 50)

Uma análise atenta das fontes sugere que a inadequação do liberalismo frente ao intervencionismo não redundava em uma total negação daquele, mas sim em um “*reajustamento de princípios*” (1943b, p. 469).<sup>68</sup> Importante relembrar que, na época, o liberalismo era

---

<sup>66</sup> “Serão, entretanto, ilegítimas essas intervenções? Sòmente se não atenderem ao interêsse público, ao interêsse social, aos princípios de justiça que devem presidir nossa vida econômica. Mas quem será o juiz desses interesses? – O Poder Legislativo.” (CAVALCANTI, 1954a, p. 30)

<sup>67</sup> “A intervenção do Estado é própria da essência do direito. [...] E esta intervenção, por meio de normas obrigatórias, por meio do poder coercitivo do Estado, é particularmente necessária nos casos em que o jôgo normal das leis econômicas não corresponde aos princípios da justiça social.” (CAVALCANTI, 1943b, p. 469). “Os antigos economistas liberais, embora do mais alto porte, eram os que Schumper (sic) chamava de homens de uma só idéia – one mind – porque viviam dentro de um sistema fechado, impermeável.” (CAVALCANTI, 1954a, p. 23). Em outro texto, ao tratar do “Problema da intervenção do Estado e sua posição atual”, registra que “[...] os preceitos liberais têm sido, por outro lado, também amoldados a imposições decorrentes, em geral, de um regime econômico em que os interêsses individuais acabam por ferir profundamente os interesses da coletividade.” (CAVALCANTI, 1958a, p. 445)

<sup>68</sup> *Tendências modernas do direito administrativo*. In. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Fascículo 475, 1943b. Conferência realizada no Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, em janeiro de 1942.

assimilado ao modelo político e econômico de outrora (“República Velha”).

Essa concepção transparece já na primeira obra do autor (1933), no capítulo sobre a ordem econômica e social.<sup>69</sup> Porém, de forma mais enfática, pode ser encontrada na conferência intitulada “*Tendências modernas do direito administrativo*” (1943b). Cavalcanti tentou evitar o antagonismo entre pensamento liberal e intervenção, sustentando a ideia de que as instituições liberais falharam na construção de um equilíbrio de interesses durante a Primeira República não por causa da intervenção do Estado, mas justamente pela ausência ou deficiência de uma intervenção que promovesse equilíbrio. O problema não era a teoria política liberal, mas o que foi feito dela na primeira tentativa republicana.

Não é o momento de discutir o problema desta intervenção, se justificada ou não. É um fato. O que se deve é procurar conciliar a intervenção com a liberdade individual e procurar salvar o máximo, neste naufrágio, de coisas tão caras à civilização. [...] Mas é preciso, também, compreender e reconhecer, que, nesta tragédia, culpas muito pesadas recaem sobre as instituições sociais e jurídicas, que falharam na construção das normas de equilíbrio, que constituem, afinal, a razão de ser do direito. Ora, se estas construções jurídicas, de cunho liberal e individualista, falharam, não foi pela intromissão do poder coercitivo do Estado, pelo excesso de normas de coação, mas, talvez, pela sua deficiência, ou má aplicação, pela falta de medidas de coerção contra a supremacia dos interesses dos mais poderosos, social e economicamente, pela ausência de normas de equilíbrio social, que atingem, também, em sua essência, os fenômenos econômicos. Há, por conseguinte, a necessidade indeclinável de um reajustamento de princípios, no qual todos colaborem, sem os característicos de um direito de classe, de castas, de raças, de interesses. (CAVALCANTI, 1943b, p. 469)

---

<sup>69</sup> “*Embora accentuada a orientação liberal do ante-projeto no que diz com a liberdade individual em tudo quanto se refere á ordem economica ou social, faz a afirmação do principio da intervenção do Estado.*” (1933, p. 139)



É de se destacar que a intervenção estatal funcionaria, também, como um mecanismo de estabilização social, absorvendo a luta de classes.

Nomeadamente após a 2ª Guerra Mundial, o tema da intervenção estatal na economia ganhou força e ficou dividido. De um lado, os partidários da intervenção “socializante” de perfil soviético, e de outro, a intervenção dos países democráticos. Naquela perspectiva a intervenção era assimilada como totalitarismo de Estado representando o fim das liberdades individuais, o que poderia levar o país em direção a regimes totalitários, tanto de direita como de esquerda. Na outra perspectiva, havia a alternativa de um modelo de intervenção que preservaria as liberdades e guardaria compatibilidade com a democracia.

Cavalcanti destacava duas formas de intervencionismo: o político e o social. O primeiro ocorria em regimes totalitários e autocráticos, predominando o poder do Estado na medida em que ele absorvia toda a organização econômica e social. O segundo se encontrava nos países democráticos, configurando uma “*atenuação do capitalismo liberal*”, a fim de “*melhorar as condições de vida das classes menos protegidas, social e economicamente.*” (CAVALCANTI, 1958a, p. 449)

A estratégia de Cavalcanti parece ser esta última, na medida em que busca reajustar os princípios essenciais do liberalismo com a proposta intervencionista, até mesmo para refutar a acusação de que o Estado interventor seria, necessariamente, o embrião de uma teoria totalitária.

Para nós, inimigo do totalitarismo, inimigo da intervenção totalitária do Estado, o problema consiste em conciliar esta intervenção com os respeito às liberdades essenciais do Homem, para que ele possa viver, sentindo a plenitude de sua vida, sem suas manifestações intelectuais, econômicas, espirituais. E esta intervenção nem sempre corresponde, como alguns interessados pretendem, a um aumento de opressão, mas, muitas vezes, visa o justo equilíbrio, pela supressão da coação, não do Estado nem do Poder Público, mas de particulares social ou economicamente mais poderosos, mais poderosos do que o próprio Estado... (1943b, p. 469)

Haveria um tipo de intervencionismo em prol do “bem comum” e contra os interesses oligárquicos prejudiciais ao interesse público, que garantiria aos cidadãos os direitos liberais elementares, “*coisas tão caras à civilização*” (1943b, p. 469), sem sucumbir a um regime autoritário.<sup>70</sup> Até mesmo países com estrutura liberal passaram a abrir “*largas brechas na doutrina clássica dos limites da intervenção*”. (CAVALCANTI, 1958a, p. 449)

Não obstante sua tradição assumidamente liberal, naquele momento de implantação do capitalismo no Brasil, Cavalcanti via no Estado um agente indutor de sua implantação e manutenção. O conceito de intervenção estatal parece ser usado, também, como elemento teórico para superar as resistências sociais (oligárquicas) à implantação daquele “moderno” modelo que estava querendo emergir. O “bem comum” e o “interesse público” são assimilados com os aspectos elementares do capitalismo industrial nascente.<sup>71</sup>

No intuito de definir um conceito de intervenção estatal não totalitária/autoritária, ou seja, compatível com o que ele entendia por democracia e sem negar completamente o pensamento liberal, o jurista procura refutar a contraposição entre interesse individual e coletivo.

[...] em todo êsse conflito que caracteriza a época de agitações e de formação de uma nova ordem social e econômica, existe uma profunda divergência na maneira de encarar o conceito dos interesses individuais e coletivos, talvez, em grande parte, pelo pressuposto infundado de que entre estas duas ordens de interesses exista uma incompatibilidade insolúvel, uma contraposição incolável (sic). [...] Quando, portanto, se afirma que o social deve prevalecer sobre o individual, pressupõe-se geralmente que aquele se apresenta como parte sensível da comunidade, representando interesses individuais ponderáveis. (CAVALCANTI, 1958a, p. 445; 446)

---

<sup>70</sup> Convém registrar que essa garantia de direitos liberais não se confunde com participação popular. O pensamento do autor se caracteriza, ora mais ora menos e, às vezes de forma contraditória, por uma tendência elitista e por uma preocupação de “conter” a democracia. Inclusive, esforça-se em propor alternativas jurídicas de ordem “técnica” e não “política”.

<sup>71</sup> Vide DRAIBE, 2004, p. 12-14.

O objetivo de Cavalcanti parecer ser justificar que a intervenção do Estado não significa, necessariamente, a negação dos interesses individuais. Amparar interesses concebidos como social e economicamente relevantes - portanto legitimadores da intervenção estatal -, também era em alguma medida respeitar os interesses individuais. Haveria, assim, apenas uma contradição aparente entre intervencionismo estatal e pensamento liberal. (CAVALCANTI, 1958a, p. 448)<sup>72</sup>

Os interesses individuais não poderiam ser considerados isoladamente, mas dentro de um “*sistema de equilíbrio*”, promovido pelo direito e pelo Estado, existindo um “*conjunto de interesses coletivos, representados pelo Estado como expressão política da comunidade de cada Nação*” (CAVALCANTI, 1958a, p. 449). Essa referência a um equilíbrio de interesses como justificativa à intervenção estatal também pode ser encontrada na primeira publicação do autor, na década de 30.<sup>73</sup>

Assim sendo, o intervencionismo estatal influiria na organização política e administrativa dos países.

O intervencionismo proposto por Cavalcanti também pode ser medido no tratamento dado ao tema dos serviços públicos na obra do autor. O jurista dedicou o quarto volume de seu *Tratado de Direito Administrativo* aos assuntos referentes aos serviços públicos, à execução direta, às autarquias e às concessões (1943a; 1962). A perspectiva alargada e dúctil de serviço público lança dúvidas acerca do liberalismo “puro” de Cavalcanti.

É interessante destacar a falta de rigidez conceitual, talvez proposital. Os serviços públicos são incluídos no grande tema da intervenção do Estado, por fontes trazidas do direito francês, italiano, alemão e norte-americano. Parte-se da perspectiva francesa da escola do serviço público (Duguit), atravessa-se a escola corporativista italiana

---

<sup>72</sup> “Assim, existe sempre uma barreira fundamental, representada pelo direito individual e pelas garantias constitucionais. O interesse público não pode ter ação irrestrita; não pode chegar a ponto de confiscar as liberdades ou cercear as garantias constitucionais.” (CAVALCANTI, 1954a, p. 33)

<sup>73</sup> “Tendo o Estado por finalidade primaria, crear e manter o direito, não se admitiria a sua neutralidade dentro de um regimen de terriveis desigualdades. O restabelecimento do equilibrio social, reduzindo a oppressão e a exploração dos mais fracos, justifica plenamente a intervenção do Estado nesse terreno. É este mesmo o grande imperativo de sua existência.” (CAVALCANTI, 1933, p. 140)

(Santi Romano e Presutti), a social alemã (Fleiner) até desaguar nas *public utilities* do direito norte-americano. Inclusive, eram assimiladas como serviços públicos atividades típicas de regulação, fiscalização e até tributação, tais como as realizadas pelo Departamento Nacional do Café. (1943a, p. 17)<sup>74</sup>

Admitindo a influência política nos contornos do conceito de serviço público, Cavalcanti afirmava que o serviço público não poderia ser compreendido em uma “*fórmula a priori traçada; depende das circunstâncias*” (1943a, p. 17).<sup>75</sup> Para o jurista, o essencial era saber o regime jurídico a que obedecia o serviço público, o papel do Estado na sua regulamentação e o interesse coletivo a que servia. Tratava-se, portanto, de uma fórmula relativa, sintetizada nos seguintes termos: “*serviço público é aquele considerado como tal pelo Estado*”. (1943a, pp. 17; 18; 1962a, p. 56).

Resumindo as diversas doutrinas citadas pelo autor, Cavalcanti conclui:

a) que a noção de serviço público varia no tempo, de acordo com a necessidade da maior ou menor amplitude da intervenção do Estado; b) que varia ainda, de acordo com o regime político e as tendências na ordem social e econômica; c) que o serviço, para ser considerado público, precisa obedecer a um regime jurídico peculiar, fixado pelo Estado, a cujo controle deve atender, e destinar-se ao público, em geral, sem visar benefícios e interesses individuais d) que a intervenção do Estado, por meio dos seus órgãos, constitui um dos elementos necessários à classificação dos serviços públicos; e) que não se deve confundir serviço público com os serviços

---

<sup>74</sup> “O Departamento Nacional do Café, entidade autônoma, impõe restrições enormes ao comércio do café, proibindo muitas vezes a sua exportação, limitando as vendas, impondo tributos, etc.; deve-se caracterizar como serviço público” (CAVALCANTI, 1943a, p. 17). Entretanto, convém registrar que esses trechos tratando do DNC como serviço público não consta nas 4<sup>a</sup> e 5<sup>a</sup> edições do Tratado (1960; 1962a).

<sup>75</sup> “Em um regime liberal, de livre concorrência, em que a intervenção do Estado é restrita e limitada a um certo número de atividades, ficando as demais entregues à iniciativa particular, os monopólios são desconhecidos, o Estado pouco se interessa em absorver aqueles serviços que não se compreendem dentro das suas finalidades necessárias e obrigatórias.” (CAVALCANTI, 1943a, p. 09)

puramente administrativos que se compreendem numa esfera mais restrita. (1943a, p. 21-22; 1962a, p. 59)

Para o jurista, havia serviços públicos “por natureza”. Estes, “*pela sua posição na estrutura administrativa do Estado*”, já continham os elementos formais e materiais que caracterizavam os serviços públicos, não precisando ser reconhecidos como tal por meio de lei. Além disso, algumas atividades privadas, mesmo não integrando originariamente a estrutura do Estado, poderiam ser consideradas como serviços públicos por força de lei. Sempre que um particular executasse um serviço que “*pela sua finalidade, pela íntima relação que possa ter com as atividades do Estado, pelo interesse que o Estado tenha na sua realização*”, seria legítimo o reconhecimento “*expresso*” da atividade como um serviço público.<sup>76</sup> Esse reconhecimento possuía contornos relativos e pontuais - assim como o próprio conceito de serviço público -, e estava subordinada “*à conveniência, à oportunidade, à importância*” da colaboração do ente privado, que passaria a exercer uma atividade declarada como pública, sujeita a vantagens e ônus decorrentes do regime jurídico público. Era o que os norte-americanos denominavam “*affect with a public interest*”. (1943a, pp. 41-44)<sup>77</sup>

---

<sup>76</sup> “*A noção de serviço público tem, a nosso ver, um traço comum que é o de imprimir ao serviço caracteres nitidamente estranhos a uma finalidade exclusiva de lucro e uma predominância bem nítida do interesse público*” (CAVALCANTI, 1962a, p. 63). Este excerto não consta na obra da década de 40 (1943a).

<sup>77</sup> Sobre as disputas judiciais ocorridas nos Estados Unidos ante as medidas intervencionistas, é possível citar o caso *Munn vs. Illinois* ocorrido em 1877. Em síntese, a Suprema Corte, com arrimo no artigo 14 da Constituição e a partir do voto do *Justice Waite*, entendeu que uma lei poderia disciplinar o uso da propriedade privada e isso não implicaria violação ao direito de propriedade à revelia do “*due process of law*”. Isso porque, quando a propriedade privada se destinava a um serviço de interesse público, ela sofria restrições no seu *juris privati*. Quando alguém destina sua propriedade a uma atividade de interesse público ele autoriza o Estado, na proteção do serviço, a estabelecer regras ao uso da propriedade. (COTRIN NETO, 1987, p. 145-146). Vide também NOVAK, William J. **Law and the social control of american capitalism**. <[http://law.emory.edu/elj/\\_documents/volumes/60/2/symposium/novak.pdf](http://law.emory.edu/elj/_documents/volumes/60/2/symposium/novak.pdf)>, acesso em 15.10.2015.

Como veremos, a tendência intervencionista funcionou como um indutor para a criação ou revisão de conceitos, reformulando alguns capítulos do direito administrativo e até mesmo criando novos.

Os problemas da intervenção estatal podiam ser resumidos a três perguntas: *Quem pode intervir? Quando ela será oportuna? Como pode ser feita a intervenção?* Quanto à primeira pergunta, Cavalcanti advertia que havia uma tendência, em regimes federativos tais como a Suíça, o Canadá, a Austrália e os Estados Unidos, em se reforçar os poderes da União. Quanto à segunda, foi dito, páginas atrás, que a oportunidade seria definida pelo interesse público. Quanto à terceira indagação:

[...] quais as diferentes formas de intervenção, isto é, como se pode intervir. [...] a) através do poder normativo, em todas as suas modalidades e toda a hierarquia legislativa; b) através de medidas de polícia, disciplinadoras das atividades privativas, e executando medidas exigidas pelo interesse público; c) assumindo o Estado serviços entregues anteriormente à atividade privada, ou tomando a iniciativa de serviços industriais ou comerciais (art. 146); d) cooperação com os particulares, sob todas as formas, para a realização de serviços e obras de interesse público. (CAVALCANTI, 1954a, pp. 24-25)

Segundo Cavalcanti, “o direito administrativo é uma consequência da ampliação da intervenção do Estado em setores até há pouco imunes à sua influência” (1943b, p. 469), isso se sentia, sobretudo, nos capítulos referentes ao poder normativo da administração, aos serviços públicos, às autarquias e institutos públicos e às empresas estatais.<sup>78</sup> É possível sustentar, tomando como referência

---

<sup>78</sup> Cavalcanti faz uma interessante reflexão sobre a adequação das empresas públicas ao sistema capitalista, apontando seus prós e contras e refutando o argumento de que elas seriam produto de um sistema de cunho socialista. Para o autor, as empresas públicas eram uma consequência direta e imediata do aumento das atividades do Estado, mas nem por isso redundavam em uma socialização. Eram um imperativo de superação do modelo liberal (econômico) pela “*função social do Estado moderno*”. Segundo o autor, tais empresas deveriam estar integradas no sistema estatal e substituiriam, em determinados setores, a própria iniciativa privada. “*Não se cogita, evidentemente aqui, de um sistema socialista onde a política exige a integração de todos esses serviços na estrutura de Estado, que os absorve, mas dos países onde a intervenção do*

a obra de Cavalcanti, que, a partir do fenômeno interventivo, esses temas passaram a se relacionar de modo mais intenso. Porém, em razão dos limites deste trabalho, será examinado apenas o tema atinente ao poder normativo relacionado à intervenção.

### 3.1.6. Estado Corporativo

Embora se apresente mais nitidamente no período do Estado Novo, é possível perceber na doutrina de Cavalcanti, independentemente do período, traços do corporativismo. Trata-se de um tema também relacionado ao intervencionismo estatal e à ampliação do Poder Executivo, dos serviços públicos e das autarquias. Mas é preciso advertir que foi uma doutrina compartilhada com entusiasmo pelo autor durante o Estado Novo, mas pouco enfatizada e até negada nas décadas posteriores (*vide anexo*).

Entretanto o corporativismo é um dos traços marcantes da ideologia autoritária no Brasil. Ricardo Virgolino Silva analisou o corporativismo proposto por Oliveira Vianna, modelo ao qual Cavalcanti por vezes se aproxima. As corporações representavam mecanismos de informação ao Estado, bem como de organização da opinião pública. Eram instituições, conforme Oliveira Vianna, de uma “*democracia autoritária*”. Enquanto órgãos do Estado e mediados por ele, eram dotadas de poderes até normativos, vinculando os setores da produção. Entretanto, tal arranjo institucional só seria possível com um Executivo forte. (SILVA, 1998, p. 179)<sup>79</sup>

Além de um assunto de vanguarda na época, o modelo corporativo era útil ao contexto brasileiro, se entendido enquanto um Estado que precisava atender simultaneamente as demandas das “velhas” e “novas” elites. O corporativismo era visto como uma alternativa de dupla funcionalidade: promover representatividade setorial, de um lado; e controlar burocraticamente as elites e setores estratégicos da economia, de outro.

---

*Estado se impõe, por necessidade de contrôlo, e por uma ação supletiva, na ausência de investimentos privados para as indústrias e atividades básicas.”* (1955d, p. 56). Vide *A intervenção do Estado e as suas conseqüências na estrutura administrativa*. In: **Cinco Estudos**. Rio de Janeiro: FGV, 1955d.

<sup>79</sup> “A imagem de democracia sob o sistema corporativista de Oliveira Vianna parece-nos corresponder a um conjunto de organizações profissionais entrando resignadamente em uma fila, cujas senhas seriam distribuídas de modo justo e equitativo pelo Estado.” (SILVA, 1998, p. 178)

O tema do Estado corporativo surge claramente na doutrina de Cavalcanti em 1938 (pós Carta de 1937) quando o jurista traduziu a obra *Syndicalisme, Corporativisme et État Corporatif* do francês Roger Bonnard. Como visto, em entrevista na década de 70 Cavalcanti manifestou certo incômodo pela tradução da obra, porém registrou que o problema do regime de 1937 não teria sido o corporativismo, mas Vargas.<sup>80</sup>

Analisemos, agora, a importação e a adaptação do conceito de Estado corporativo (ou corporativismo) realizada por Cavalcanti. O corporativismo foi uma teoria jurídico-política que, nos anos 30, ganhou inúmeros adeptos em todo o mundo, inclusive, segundo Bobbio, acabou por possibilitar o Estado totalitário na Itália (2007, p. 68-69; 83).<sup>81</sup>

---

<sup>80</sup> “T.C. – Escrevi aquele negócio para o Bonard (sic). [...] Eu fiz um prefácio e algumas notas à edição brasileira. Tudo isso é sobre Direito Trabalhista brasileiro. Durante muito tempo, isso aqui foi muito consultado. L.B. – Mas o senhor disse que tinha cometido uns pecadinhos. T.C. – É. Eu disse que o estado corporativo era um estado que se aproximava do sistema democrático e tal. Hoje, eu não estou convencido disso; acho que foi bobagem o que fiz. A.C. Como é que o senhor definiria o estado corporativo? Algumas pessoas remontam à Idade Média para definir isso. T.C. – É medieval, é o governo das corporações. [...] o problema não estava no Estado Corporativo, mas no governo ditatorial de Vargas.” (E44, parte 2, pp. 88-89)

<sup>81</sup> Segundo Norberto Bobbio, o Estado corporativo era uma “terceira via” do fascismo e seu maior expoente foi o italiano Ugo Spirito. As “corporações” eram órgãos destinados a conciliar os interesses sociais opostos, obter a colaboração das classes em nome dos interesses superiores da nação. Esse Estado corporativo eliminaria a anarquia do Estado-liberal sem cair no despotismo do Estado socialista. Nem ditadura da burguesia, nem ditadura comunista, mas ditadura do ente superior às classes, ou seja, a Nação guiada pelo líder. O Estado corporativo também chamado de Nacional era um Estado que se colocava acima dos indivíduos e das classes sociais, dessa forma, a luta de classes deveria ser travada sob os olhos desse ente, que atuaria como árbitro. (2007, p. 68-69; 83). Bobbio, tratando do nascimento do fascismo na Itália, traz uma conclusão que muito se aproxima do acontecido no Brasil na década de 30. “[...] transformou um Estado que bem ou mal se sustentava com instituições características de um Estado liberal em uma ditadura; [...] não obstante a pretensão de colocar o Estado acima das partes sociais, conservou e reforçou o sistema capitalista.” (2007, p. 70). Guardadas as devidas proporções e longe de querer fazer uma colagem de mundos (Itália-Brasil), o Estado Novo ergueu um modelo ditatorial sobre uma histórica base normativa liberal. Esse novo modelo implantou de forma autoritária o capitalismo industrial em um país agrário, por



O período pós-1937 é particularmente significativo para a proposta corporativista no Brasil.<sup>82</sup> A Carta outorgada previu expressamente o Estado corporativo<sup>83</sup> e, no ano de 1938, houve duas importantes publicações. Sobre o assunto, a primeira delas, e mais famosa, foi a tradução feita por Azevedo Amaral da obra *O século do corporativismo*, do romeno Mihail Manoilescu (professor de economia política da Faculdade Politécnica de Bucarest).

A outra, menos famosa, foi a tradução feita pelo jurista Themistocles Cavalcanti, então Procurador da República no Distrito Federal, da obra do jurista francês Roger Bonnard. A tradução da obra de Manoilescu foi publicada em 12 de julho de 1938 e a de Bonnard em 31 de março de 1938.<sup>84</sup>

Roger Bonnard foi um jurista francês integrante da Escola de Bordeaux, lecionou na Faculdade de Direito a partir de 1922 e dirigiu a instituição de setembro de 1940 a janeiro de 1944. Autor de várias obras na área de Teoria do Estado, de Direito Constitucional e Direito

meio de uma política e um Estado que rejeitaram princípios liberais, nomeadamente a supremacia do Parlamento.

<sup>82</sup> Não somente no Brasil, vários países entraram (ou se esforçaram para entrar) na “moda” corporativista, notadamente a Itália e Portugal, mas é possível encontrar propostas corporativistas na França, na Áustria e na Alemanha. Vide STOLLEIS, Michael. **A history of public law in Germany 1914-1945**. Trad. Thomas Dunlap. New York : Oxford University Press, 2004.

<sup>83</sup> Art 61 - *São atribuições do Conselho da Economia Nacional: a) promover a organização corporativa da economia nacional; [...] Art 140 - A economia da população será organizada em corporações, e estas, como entidades representativas das forças do trabalho nacional, colocadas sob a assistência e a proteção do Estado, são órgãos destes e exercem funções delegadas de Poder Público.* Com a Lei Constitucional n.º 9 de 1945 a redação do artigo foi modificada: *Art. 140 - A economia da produção será organizada em entidades representativas das forças do trabalho e que, colocadas sob a assistência e a proteção do Estado, são órgãos deste e exercem funções delegadas de Poder Público.*

<sup>84</sup> Muito embora tenha publicado posteriormente, Amaral não cita a obra de Cavalcanti. É possível alegar que Amaral não conhecesse a obra, o que me parece pouco provável já que ambos eram intelectuais importantes da época e localizados na mesma cidade, Rio de Janeiro. É possível sugerir que Amaral até conhecesse a obra de Cavalcanti, mas, ao não citá-la, pretendeu ser o primeiro a traduzir uma obra sobre o tema corporativista, já que era um tema que despertava grande interesse na época. Assim sendo, pretendeu ser a vanguarda. Cavalcanti cita a obra de Manoilescu, evidentemente na versão em francês (*Le siècle du corporativisme*).

Administrativo, publicou também o livro *Le droit et l'État dans la doctrine nationale socialiste*, no qual procura descrever (e até certo ponto dar um ar de modernidade) as alterações no direito e no Estado provocadas pelo nazismo alemão, mostrando que não se distanciariam muito do pensamento do mestre Léon Duguit.<sup>85</sup> Era um influente administrativista e constitucionalista da época. Petanista, apoiou o regime de Vichy, esforçando-se em convencer os alunos a respeito de seus “papeis na construção do novo regime.”<sup>86</sup>

Procurando resgatar sua própria história, em outubro de 2014, o Conselho Universitário da Universidade Montesquieu Bourdeaux IV decidiu rebatizar o anfiteatro que levava o nome de Roger Bonnard, por conta do papel do diretor da Faculdade de Direito durante a Segunda Guerra mundial, considerado “um homem de direita, católico conservador e ardente petanista.”<sup>87</sup>

---

<sup>85</sup> ([http://data.bnf.fr/12388849/roger\\_bonnard/](http://data.bnf.fr/12388849/roger_bonnard/)). Bibliografia de Bonnard. Acesso a algumas obras estão em Galica.

<sup>86</sup> <[http://www.ubordeaux3.fr/fr/1\\_universite/histoires\\_d\\_universites/universites\\_de\\_bordeaux\\_au\\_xxe\\_siecle/de\\_1939\\_a\\_1945.html](http://www.ubordeaux3.fr/fr/1_universite/histoires_d_universites/universites_de_bordeaux_au_xxe_siecle/de_1939_a_1945.html)>, acesso em 09.04.2014.

<sup>87</sup> <<http://rue89bordeaux.com/2014/10/lamphitheatre-roger-bonnard-sera-bientot-debaptise/>>, acesso em 27.05.2015. Interessante transcrever alguns excertos de matéria jornalística tratando do tema, em que Michel Bergès, cientista político e historiador, está preparando um livro sobre Bonnard: “*Michel Bergès, historien bordelais, dont le travail de recherche a permis une avancée non négligeable sur ce sujet, s’est déclaré satisfait de cette décision prise par le conseil des collègues. ‘C’est pour moi un très grand bonheur, que de prendre connaissance de cette décision. En plein débat pour donner de Vichy une vision bienveillante, c’est une décision importante, de voir une ancienne faculté se pencher enfin sur son passé. Car Bonnard, outre le fait qu’il ait légitimé le régime de Pétain, à négligé le débat sur la qualité juridique du droit national socialiste allemand, à mêlé Léon Duguit à cette idéologie, en écrivant en 1937 qu’il y avait concordance quasi parfaite entre son oeuvre et le droit national socialiste [...]’ [...] L’université de Droit avait idéalisé sa propre histoire en camouflant la vérité [...] En effet, il subsiste des zones d’ombre, notamment relative à Henri Vizoz, le vice-doyen de Roger Bonnard : il a été pendant la guerre au secrétariat de l’enseignement de Georges Ripert, lorsque les premières lois contre les juifs dans l’éducation ont été promulguées, ainsi qu’un membre actif des ‘amis du Maréchal’, le groupe de personnalités locales pétainistes soutenant ardemment la politique de Vichy*».” (“Michel Bergès, historiador de Bourdeaux, cujo trabalho de investigação permitiu um avanço significativo nesta questão, disse que estava satisfeito com esta decisão do Conselho Universitário. ‘É para mim uma grande felicidade tomar conhecimento dessa decisão. Em pleno debate para conceder a Vichy uma visão

Quanto ao corporativismo, não é incomum encontrar estudos relacionando o pensamento corporativo e o modelo sindical implantado no Brasil, daí as influências experimentadas no direito do trabalho. Inclusive o próprio Cavalcanti, em entrevista (vide anexo), disse que o tema se voltava ao direito trabalhista e sindical. No entanto é preciso analisar se o corporativismo deixou marcas em outros ramos do direito. A tradução de uma obra sobre corporativismo feita por um juspublicista (administrativista e constitucionalista) sugere que o pensamento corporativo foi mais além do direito trabalhista e sindical. Diga-se de passagem, quando da tradução da obra de Bonnard, Cavalcanti não parecia acreditar que aquele se tratava de um livro reservado ao direito do trabalho, pelo contrário, eis que sua importância afetaria as próprias instituições democráticas.<sup>88</sup>

Ernst Forsthoff destaca o crescimento das corporações ante a realidade de um Estado “conformador” da sociedade. A intervenção do Estado, além de afetar a dicotomia Estado/Sociedade Civil, incorporava na agenda estatal temas econômicos que eram mais técnicos do que políticos. Isso acabou por fortalecer o Poder Executivo e seus ministérios, bem como as corporações. Na Alemanha, após a 1ª Guerra Mundial, não ocorreu o restabelecimento da ordem liberal e a economia

---

benevolente, é uma decisão importante. Pois Bonnard, além de legitimar o regime de Pétain, negligenciou o debate sobre a qualidade jurídica do direito nacional socialista alemão, misturou Leon Duguit a esta ideologia, escrevendo em 1937 que havia quase perfeita concordância entre o seu trabalho e o direito nacional-socialista’ [...] ‘A Universidade tinha idealizado sua própria história, ocultando a verdade’. [...] Na verdade, ainda existem áreas cinzentas, especialmente em relação a Henri Vizios, vice-reitor de Roger Bonnard: durante a guerra ele foi do secretariado do ensino de Georges Ripert, quando as primeiras leis contra os judeus na educação foram promulgadas, e um membro ativo dos ‘amigos do Marechal’, o grupo de personalidades locais petanistas que fervorosamente apoiaram a política de Vichy” – Tradução livre). <<http://rue89bordeaux.com/2014/10/lamphitheatre-roger-bonnard-sera-bientot-debaptise/>>, acesso em 27.05.2015.

<[http://www.lexpress.fr/actualite/societe/bordeaux-faut-il-debaptiser-l-amphi-portant-le-nom-d-un-petaniste\\_1566363.html](http://www.lexpress.fr/actualite/societe/bordeaux-faut-il-debaptiser-l-amphi-portant-le-nom-d-un-petaniste_1566363.html)>, acesso em 27.05.2015.

<sup>88</sup> “A principal virtude desse livro [a obra de Bonnard] consiste, precisamente, em demonstrar como a evolução do direito público caminha decididamente para novas formulas políticas que se apresentam como transformações das instituições democraticas, por meio da incorporação no systema representativo de outros elementos que exprimem, tanto quanto os districtos eleitoraes, a opinião e os interesses do paiz.” (CAVALCANTI, apud BONNARD, 1938, p. 159)

passou a depender cada vez mais das ingerências estatais. Os assuntos econômicos cada vez mais passaram a fazer parte da política e isso conduziu a necessidade de proteção de determinados interesses setoriais. Ocorre que a maioria dos partidos políticos evitou se identificar com interesses particulares tendo em vista a ampla composição do eleitorado, o que favoreceu o fortalecimento político das corporações, que acabaram por acolher tais interesses setoriais, aumentando seus poderes de influência.

En la medida en que la economía, cada vez más complicada y siempre en expansión, se colocaba en el centro de la política, ésta debía convertirse fatalmente en dominio de los especialistas. Tales especialistas se agrupaban en la burocracia de los ministerios, y también en gran medida en las corporaciones industriales (como especialistas ligados a intereses privados) y en los partidos. Con ello apareció un nuevo cauce de comunicación entre el Estado y las corporaciones. (FORSTHOFF, 1975, p. 23)

Convém investigar de forma mais detida, portanto, o que foi o corporativismo - e principalmente, o tipo de corporativismo “importado” para o Brasil – verificando-se o que ele representou para o pensamento jurídico brasileiro.

A despeito da Carta de 1937 tenha se aproximado do modelo corporativo, não efetivou por completo aquele projeto. Jarbas Medeiros, em nota de rodapé no texto sobre Azevedo Amaral, problematiza a respeito da real existência de um Estado Corporativo no Brasil. O autor questiona se a adesão dos ideólogos da Carta de 1937 teria, de fato, implantado o corporativismo e em que moldes e por meio de quais instituições. Também, se o intervencionismo estatal na década de 30 - para Medeiros nitidamente diverso daquele exercido na Primeira República - poderia ser equiparado a um corporativismo de fato. (1978, pp. 147-149)

Não obstante a dificuldade em se sustentar que um Estado corporativo teria efetivamente existido no Brasil, o interesse de importantes intelectuais e juristas da época por essa teoria (Azevedo Amaral, Oliveira Vianna, Francisco Campos e Themistocles Cavalcanti) é algo que não pode ser menosprezado.<sup>89</sup> Se é possível afirmar que não houve um autêntico Estado Corporativo (e isso até certo ponto pode ser

---

<sup>89</sup> Vide CAMPOS, 1946; OLIVEIRA VIANNA, 1987; AMARAL, 1938.

explicado pela heterogeneidade política e econômica do período), de outra banda não é correto afirmar que o pensamento corporativista em nada impactou a cultura jurídica e política da época. Se não houve institucionalmente um Estado Corporativo, houve uma ideologia corporativista que, em alguma medida, influenciou o Estado brasileiro que estava se remodelando.

A tradução da obra de Roger Bonnard pelo publicista Themistocles Cavalcanti indica que é importante investigar os impactos do corporativismo também no direito administrativo e constitucional.

Convém citar a estrutura da obra traduzida. Conforme leciona Hespanha, o formato do livro pode ser uma significativa chave na compreensão da obra. O livro é composto de três capítulos: *I – O syndicalismo; II – O corporativismo; III – O Estado Corporativo*. Ao final ou no meio de cada capítulo existem notas do tradutor nas quais se percebe o esforço em adaptar e explicar como no Brasil funcionava (ou deveria funcionar) o modelo corporativista, sem falar no extenso e legitimador prefácio do tradutor, no qual Cavalcanti foi categórico em afirmar que a Carta de 1937 não implantava por si mesma um sistema corporativo.<sup>90</sup>

---

<sup>90</sup> “*Geralmente se tem, attribuido á Carta de 10 de Novembro, feição corporativa. Somente um exame superficial do texto poderia levar a essa conclusão. Quando tratámos dos Conselhos technicos mostrámos como as sua organizações e finalidades dependiam da forma de Governo e das tendencias em admittir elementos extranhos nas actividades do Estado. Pois bem, foi a preocupação de chamar para si esses elementos que levou a Constituição do Novo Estado a integrar em sua estrutura um Conselho de formação technica e corporativa. Mas o fez sem qualquer intuito de subtrahir aos órgãos politicos a funcção que constitucionalmente lhes foi attribuida, dentro do systema representativo peculiar á mesma Constituição. [...] Não seria, effectivamente, possível, por meio de simples decreto crear no paiz uma estrutura corporativa e ainda menos consideral-a (sic) integrada no novo regimen politico. A formação das corporações deve obedecer a um regimen de adaptação a essa nova organização, e, a ella deve preceder o preparo de uma mentalidade de accordo com o espirito corporativo. Cabe ao Conselho Economico proceder a esses estudos e suggerir as medidas necessarias para a effectivação dessa determinação constitucional. [...] Por consequinte, o systema corporativo só poderá decorrer de um desenvolvimento paulatino das nossas instituições, tomando sempre, no entretanto, um sentido mais nitidamente economico do que politico, para que as forças representativas da economia do paiz se façam sempre representar nos debates sobre as questões que interessam mais directamente á produção nacional. [...] Seria, portanto, opinar*”

É possível perceber que o trabalho de Cavalcanti vai além de uma simples tradução, o que se depreende do prefácio da obra e das notas presentes ao final de cada capítulo. Ali se verificam as estratégias usadas pelo tradutor para explicar e justificar o corporativismo, demonstrando que se tratava de uma alternativa político-administrativa viável para o Brasil.

Inicialmente, Cavalcanti justifica o porquê da tradução daquela obra. Segundo ele, o jurista francês, nome em “*evidencia nos meios jurídicos pelo valor de suas produções*”, escrevera um livro sobre o corporativismo que se diferenciava dos demais da época ante “*uma superioridade evidente*”, pois Bonnard abordara o tema “*sem preocupações políticas preconcebidas e fora das formas políticas conhecidas, com o intuito evidente de examinar a possibilidade de adaptação dessas organizações dentro de um quadro largo das exigências do Estado moderno*”. A obra traduzida, portanto, não limitava o corporativismo a um determinado país ou proposta política, sendo adequada para *adaptações* a qualquer Estado que se pretendia “moderno.” (1938c, p. V)<sup>91</sup>

Também é possível encontrar outra justificativa para a escolha de Bonnard. Segundo o tradutor, o jurista francês “*abstrahio completamente o sentido político do corporativismo*” preferindo a análise econômica do tema em que as corporações apareceriam tanto como atores políticos, mas principalmente como responsáveis pela direção econômica do país. (1938c, p. 157)

Ao que parece, e até justifica em parte a tradução da obra de Bonnard, Cavalcanti estava preocupado em conceber juridicamente um “Estado interventor”, em que as corporações seriam uma técnica de descentralização que possibilitaria um *adequado* intervencionismo

---

*apressadamente, atribuir ao novo regimen um caracter corporativo.”* (CAVALCANTI, 1938c, pp. 157; 158; 159)

<sup>91</sup> Porém, não é essa a finalidade explicitada por Bonnard, segundo ele, seu objetivo era analisar as recentes mudanças estruturais da França à luz do modelo italiano. “*On se propose d’examiner ici, en la comparant avec la politique italienne, comment et dans quelle mesure, vu les changements récents qu’elle vient de subir, la politique française actuelle s’est tournée vers ces conceptions nouvelles: syndicalisme, corporativisme et Etat corporatif*» (BONNARD, 1937, p. 03). (Procuramos examinar, aqui, comparando-a com a política italiana, como e em que medida, visto as mudanças recentes que acabam de ocorrer, a política francesa atual se orientou no sentido das novas concepções: sindicalismo, corporativismo e Estado corporativo – Tradução livre).

estatal, para ele um “*facto indiscutível*”. (1938c, p. XIII). Era no aspecto econômico que o Estado Corporativo mais interessava a Cavalcanti, mas este também via nele uma interessante solução política.<sup>92</sup>

Outra razão possível para se explicar tal tradução é que, além do tema corporativista estar em voga na época, tratava-se de uma obra de um administrativista francês, ou seja, não era uma visão advinda de qualquer lugar, mas de um dos países mais influentes na concepção e construção do direito público e que, pelo menos até aquele momento, tinha influência predominantemente no Direito Administrativo brasileiro. Não era a obra de qualquer teórico de um país qualquer, mas de um juspublicista francês. Isso, ao que parece, concedia um tom de sofisticação e modernidade à importação daquelas ideias.

O tema corporativo era muito forte na Itália e em Portugal, porém, nesses países o corporativismo possuía um ranço fascista. Não era uma boa estratégia para quem se entusiasmava com o corporativismo - como era o caso de Cavalcanti -, importar a ideia desses países. A França, além de ser um país avançado, era vista até então como um referencial de democracia e conquista de direitos. A despeito da existência de uma ampla e acessível doutrina corporativista em Portugal, soava moderno traduzir um pensamento corporativista à francesa.

---

<sup>92</sup> Na introdução de sua obra Bonnard esclarece que o corporativismo está diretamente relacionado com o processo de intervenção do Estado na economia e no equilíbrio de interesses na sociedade moderna. Tratava-se de um modelo a fim de enfrentar os “*Estados de classe*”, seja o liberar-burguês, seja o socialista. “*Mais toute difficulté n’est pas encore écartée pour les interventions de L’État quand on a pris partie entre ces deux solutions. En effet, spécialement en ce qui concerne le gouvernement d’intérêt général, il se pose la question de savoir comment ce gouvernement se réalisera, c’est-à-dire comment il aboutira à assurer la conciliation et l’équilibre de tous les intérêts individuels qui sont en présence et en opposition ; - et cela surtout pour les intérêts économiques, car c’est pour eux que le conflit est le plus aigu.*» (BONNARD, 1937, p. 02). (Mas a dificuldade não está por completo afastada para as intervenções do Estado quando adotamos uma dessas soluções. Com efeito, especialmente no que concerne ao governo de interesse geral, a questão é saber como este governo se realizará, ou seja, como ele conseguirá assegurar a conciliação e o equilíbrio de todos os interesses individuais que estão em presença e em oposição; - e isto sobretudo quanto aos interesses econômicos, pois é por eles que o conflito é mais acentuado – Tradução de Themistocles Cavalcanti).

Por tudo isso, é razoável sustentar que a opção pela tradução da obra de Roger Bonnard não se deu a esmo, mas foi uma escolha bem pensada por Cavalcanti.

Afinal, o que eram o corporativismo ou o Estado corporativo?

Para Roger Bonnard uma técnica “*conveniente*” que possibilitaria ao Estado exercer adequadamente o intervencionismo, conciliando e equilibrando os diferentes interesses individuais. Era uma modalidade de organização do Estado que, em regra, não se realizaria em um Estado liberal, eis que, incompatível com os fins e os meios desse tipo de organização estatal, mas que também exigiria a supressão da luta de classes (BONNARD, 1937, p. 104-105; 73).<sup>93</sup> Ou seja, uma solução com dupla funcionalidade, porque possibilitaria o intervencionismo, superando o liberalismo, mas evitaria o estatismo socializante.

A ideia central do corporativismo defendido por Bonnard e reproduzida por Cavalcanti consiste no seguinte raciocínio: parte-se da premissa de que a intervenção estatal, sobretudo no aspecto regulatório, era algo inevitável nas sociedades modernas que presenciavam a falência do sistema liberal. Entretanto tal intervencionismo, como já advertia Mussolini, poderia redundar em um “super” Estado

---

<sup>93</sup> “[...] *D’abord l’État dans la forme traditionnelle que revêt l’État démocratique et parlementaire, soit l’État de caractère politique, serait, pour cause d’inaptitude de ses organes, incapable d’exercer lui-même l’intervention destinée à assurer la conciliation et l’équilibre des intérêts individuels. [...] l’Etat corporatif est une modalité d’organisation de l’État qui, normalement, n’a pas sa place dans un État libéral, soit dans un État dont l’activité est à base de libéralisme, puisque précisément cette forme corporative est établie pour permettre à l’État de pratiquer l’intervencionisme.[...] L’existence de véritables corporations est absolument subordonnée à la suppression de la lutte des classes. Car cette lutte exclut tout esprit et toute volonté de solidarité dans le groupement.*” (BONNARD, 1937, p. 104-105 ; 73). ([...] o Estado, na forma tradicional que se reveste o Estado democrático e parlamentar, ou seja o Estado de caráter político, seria, devido á inaptidão dos seus órgãos, incapaz de exercer por si próprio a intervenção destinada a assegurar a conciliação e o equilibrio dos interesses individuais. [...] o Estado corporativo é uma modalidade de organização do Estado, que, normalmente, não se realiza num Estado liberal, isto é, num Estado cuja atividade se baseia no liberalismo, porque, precisamente, essa forma corporativa é estabelecida para permitir ao Estado a pratica do intervencionismo. [...] A existencia de verdadeiras corporações depende da supressão da luta de classes. Porque essa luta exclue todo o espirito de solidariedade dentro dos agrupamentos. - Tradução de Themistocles Cavalcanti).



(“*estatismo*”).<sup>94</sup> Para evitar esse inchaço da máquina pública, o corporativismo seria uma técnica adequada a fim de descentralizar as estruturas do Estado em órgãos corporativos representando os principais setores sociais e econômicos da sociedade, e a tais organizações seriam transferidas funções estatais.

Pour éviter de pratiquer l'étatisme à raison de son insuffisance pour les interventions d'ordre économique, ce n'est pas seulement aux syndicats, c'est aussi à ces organismes appelés corporations qu'actuellement, dans certains pays, l'État a recours pour exercer par leur intermédiaire son intervention, pour assurer par cette intervention la conciliation et l'équilibre des intérêts individuels et pour réaliser ainsi un État et un gouvernement d'intérêt général. Ce procédé constitue le corporativisme. (BONNARD, 1937, p. 67)<sup>95</sup>

---

<sup>94</sup> Para esclarecer a diferença entre estatismo e corporativismo, Bonnard cita em nota um discurso de Benito Mussolini: “*Cette opposition de l'étatisme et du corporativisme a été nettement marquée par Benito Mussolini dans son discours de Milan du 7 octobre 1934: 'Devante ce déclin constate et irrévocable (de l'économie libérale et capitaliste) deux solutions apparaissent. La première serait d'étatiser tout l'économie de la nation. Nous la repoussons parce que nous ne voulons pas multiplier par dix le nombre des employés de l'Etat. Une autre s'est imposée par la logique: c'est le corporativisme, englobant les éléments producteurs de la nation; et quand je dis producteurs, je n'entends pas seulement les industriels, mais aussi les ouvriers'.* » (1937, p. 67). (“Esta oposição entre o estatismo e o corporativismo foi claramente acentuada por Benito Mussolini no seu discurso de Milão em 7 de Outubro de 1934: “Perante esse declínio verificado e irrevogável (da economia liberal e capitalista) surgem duas soluções: a primeira seria estatizar toda a economia da nação. Repudiamos a porque não queremos multiplicar por dez o numero dos empregados do Estado. Outra solução impões-se pela lógica: é o corporativismo englobando os elementos produtores da nação; e quando digo produtores, não considero somente os industriaes mas também os operários.” – Tradução de Themistocles Cavalcanti).

<sup>95</sup> (Para evitar a pratica do estatismo, dada a sua insuficiencia nas intervenções de ordem economica, não é somente aos sindicatos, mas também a esses organismos denominados corporações que actualmente, em certos paizes, recorre o Estado, para exercer por seu intermedio a intervencao necessaria á conciliação e ao equilibrio dos interesses individuaes e para realizar, desta forma, um Estado e um governo de interesse geral. Esse processo constitue o Corporativismo. – Tradução de Themistocles Cavalcanti).

O Estado Corporativo promoveria um intervencionismo estatal “de baixo para cima”, ou seja, a partir da própria sociedade, o que possibilitaria um equilíbrio de interesses individuais a partir e em torno de um interesse social (geral/público). Seu pressuposto de existência eram os interesses individuais, mas não em um regime de “egoísmo” como no sistema liberal e sim em um regime de “equilíbrio de interesses”.

Il suppose l'existence de ce régime dans lequel la satisfaction des intérêts individuels est mise au premier plan et où cependant on se propose de concilier et d'équilibrer ces intérêts. Dans les régimes qui ne sont pas individualistes, par exemple, dans les régimes communautaires, on n'a que faire du corporativisme, au moins du vrai corporativisme. (BONNARD, 1937, p. 67)<sup>96</sup>

Para Cavalcanti, o corporativismo era uma “*solução tanto para a democracia como para o Estado autoritário porque, sob o prisma econômico, o seu aproveitamento constitui, já hoje, uma imposição da própria vida contemporânea.*” (1938c, p. V)

As impressões mais claras de Cavalcanti sobre o livro traduzido e o tema corporativista encontram-se no prefácio da tradução, obedecendo à seguinte divisão: a) *As corporações como processo de descentralização administrativa*; b) *O sentido econômico das corporações*; c) *As corporações e a estrutura democrática do Estado*; d) *A Carta constitucional de 10 de novembro e o corporativismo.*

Logo, o corporativismo responderia a três fenômenos: a) era uma reação contra a desordem do liberalismo, eis que o individualismo liberal resultou em uma anarquia; b) era uma reação contra o estatismo (excesso do Estado com a burocratização de todas as atividades), portanto seria uma técnica moderna de descentralização administrativa<sup>97</sup>; c) era uma reação contra a luta de classes (autocracia e demagogia). (1938c, p. VII)

---

<sup>96</sup> (Supõe a existencia daquelle regimen em que a satisfação dos interesses individuaes é collocada em primeiro plano, e no qual, entretanto, tem-se em vista conciliar e equilibrar esses interesses. Nos regimes que não são individualistas, por exemplo, nos regimes communitarios, não ha lugar para corporativismo. – Tradução de Themistocles Cavalcanti).

<sup>97</sup> Para Cavalcanti, o estatismo sempre existiu como forma de salvação pública e felicidade. Modernamente, ele se apresentava como socialismo de Estado, no entanto não se restringia ao socialismo. Sobre o estatismo e a descentralização

As corporações representavam um imperativo técnico, promovendo a “despolitização do Estado”. Nesse ponto é interessante observar que Cavalcanti se utiliza de uma estratégia modernizante ao se reportar à sua obra publicada em 1933 (*Às margens do ante-projeto constitucional*), inclusive faz uma longa citação desse texto, mostrando que, desde aquela época, ele sustentava a necessidade do modelo corporativo. O Estado corporativo era “*uma organização de Estado mais técnica do que representativa, mais administrativa do que puramente política, para que os serviços públicos atinjam suas finalidades publicas sem os impecilhos de ordem pessoal das influencias políticas*”. (1938c, p. XIX)<sup>98</sup>

Percebe-se aqui uma constante do pensamento de Cavalcanti: o desejo de substituir, nos espaços estatais, a política pela técnica administrativa. As fontes mudariam muito (Mussolini, Bonnard, etc.), mas o discurso se manteria nas décadas seguintes.

#### As corporações como processo de descentralização administrativa

O regime interventivo tenderia à centralização política e administrativa, por conseguinte, ao “*estatismo*”. O corporativismo era uma alternativa a isso, com exemplos de sucesso tanto no exterior como no Brasil.<sup>99</sup>

As corporações poderiam ser consideradas do ponto de vista administrativo, econômico e político. Nos dois primeiros casos eram processos de descentralização e no último, uma forma representativa das forças da produção na estrutura estatal (representação político-institucional).

administrativa por meio de autarquias como meio de se “descongestionar a máquina do Estado” e promover maleabilidade para a administração, vide CAVALCANTI, Themistocles. **Tratado de Direito Administrativo**. Vol IV. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943, p. 26-28.

<sup>98</sup> Esse trecho é originário do texto de 1933 e foi reproduzido no prefácio da obra de 1938.

<sup>99</sup> “A utilização das corporações na constituição desses órgãos é, assim, uma forma de atenuar os excessos da estatização, temperando a acção do Estado com as das organizações corporativas. Dentro dessas finalidades, deve-se accentuar o que já tem sido realizado com sucesso, não sómente entre nós, como no estrangeiro, constituindo-as como órgãos autônomos, aparelhos destinados a realizar serviços a cargo do Estado. O Office National Du Blé, os nossos diversos Institutos, notadamente o do Matte, ora em via de organização.” (CAVALCANTI, 1938c, p. IX)

Em regra, as corporações tinham natureza privada, já que uma das suas finalidades era minimizar o estatismo, mas também poderiam figurar como órgãos públicos autônomos, visando a realizar certos serviços públicos, a fim de remediar a centralização política (burocratização) e até seriam uma alternativa administrativa caso o Estado assumisse uma atividade industrial (p.ex. a administração do porto do Rio de Janeiro).<sup>100</sup>

Tendo em vista a multiplicidade das formas de intervenção, existia uma tendência em se aumentar a centralização política e a burocratização. Dentro desse quadro, a proposta corporativa visava a descentralizar o Estado para evitar tal “inchaço”, atenuando os excessos do estatismo. (1938c, IX; X; 153-154)

### *O sentido econômico das corporações*

Mais do que sua funcionalidade administrativa, o sentido econômico das corporações era essencial em um regime voltado à intervenção, tendo em vista que o elemento de unidade de uma corporação eram os interesses de uma determinada atividade econômica ou de produção. Citando Manoilescu, Cavalcanti explica que a “*economia moderna exige a organização, dentro do Estado, dos elementos que exercem a mesma actividade economica, tornando-se, assim, ‘instrumentos naturais e indispensáveis á própria actividade da Nação.’*” (1938c, p. XII)

Ainda a partir de Manoilescu, Cavalcanti registra que esses “*órgãos devem ser constituídos em corporações, chamando-se o Estado que consegue coordenar os seus esforços – Estado Corporativo.*” (1938c, p. XII)

O Estado democrático era politicamente um regime de expressão liberal, mas que, na economia, não escapava “*às influencias da moderna theoria intervencionista*”. (1938c, p. XIII). O intervencionismo do Estado era um dado inevitável da moderna economia, mas se deveria evitar a absorção pelo aparelho burocrático de toda aquela capacidade interventora, sob pena de um estatismo (“centralizador e autoritário”). Portanto, os regimes modernos eram definidos não somente pelo grau de intervenção do Estado, mas pelo “*aproveitamento das corporações na vida politica do pais.*” (BONNARD, 1938c, p. XIII)

---

<sup>100</sup> “*Quando o Estado arvora-se em industrial, assume a direcção de empresas ou serviços de natureza mercantil, pode igualmente atribuir a órgão autonomos o exercício dessa actividade.*” (CAVALCANTI, 1938c, p. X)

Enquanto técnica de intervenção econômica, as corporações possibilitariam uma colaboração técnica, sobretudo em sua faceta consultiva. Para Cavalcanti, a função mais destacada das corporações, além da regulamentar, era a consultiva de natureza técnica por meio da colaboração de pessoas especializadas. Essa colaboração seria um elemento “*favorável ao equilíbrio das classes*” além de promover uma efetiva participação dos setores integrantes da economia nos negócios públicos. (apud BONNARD, 1938, p. XIV)

Também, as corporações teriam uma função econômica, à medida que poderiam participar dos conselhos diretores dos órgãos autárquicos<sup>101</sup> responsáveis pela prestação de serviços públicos ou pela direção de determinado setor da economia, substituindo paulatinamente os representantes do governo pelos das corporações com finalidades conexas. Dessa forma, em médio prazo, ter-se-ia uma “*economia dirigida pelas corporações por meio da direcção a ellas attribuída, dos diversos departamentos e institutos, sob o contróle direto e imediato do Governo.*” (CAVALCANTI, 1938c, p. XIV)

A economia sob direção das corporações redundaria em problemas complexos, pois que elas, em grande medida, elas estariam substituindo o próprio Estado e exercendo atividades típicas do poder público. Para Cavalcanti, tais problemas eram apenas aparentes, pois o Estado poderia delegar suas funções típicas aos órgãos autárquicos, que em seu nome, exerceriam suas competências. Dessa forma, não seriam as corporações a dirigirem a economia, mas órgãos públicos (autárquicos) com poderes estatais delegados, com a participação das corporações e sob a supervisão do governo. (CAVALCANTI, 1938c, p. XIV)<sup>102</sup>

---

<sup>101</sup> Autarquias são “*entidades que gozam de “auto-administração, segundo sua origem grega ‘autarkia’, que, como observa Buondi, em uma nota apresentada à R. Academia de Ciências de Torino em 1927, não se confunde com ‘autarkeia’, que significa bastar a si próprio, sentido mais nitidamente econômico*” CAVALCANTI, Themistocles. **Tratado de Direito Administrativo**. Vol IV. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943a, p. 31.

<sup>102</sup> Entre esses poderes o próprio poder de *imperium* além do poder regulamentar e, por meio de delegação legislativa ou plebiscito, até o poder de legislar. Nesse sentido, vide citação de Francisco Campos (“*cuja autoridade para se manifestar sobre esse assunto é indiscutível*”) feita por Cavalcanti na obra **Tratado de Direito Administrativo**. Vol I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, p. 335. A descentralização dos serviços públicos alteraria o conceito de *imperium* ao substituir o *puissance publique* pelo serviço público, concedendo às autarquias também os poderes de império típicos do Estado na medida em

Às corporações seriam delegados poderes estatais, notadamente um poder regulamentar de natureza ampla capaz de formular uma “legislação própria”. Consequentemente, elas estariam habilitadas à gestão deste microssistema jurídico setorial, por meio de funções legislativas, administrativas e jurisdicionais. (BONNARD, 1937, p. 75)

Dessa forma, seria possível uma intervenção estatal na economia, porém sem sucumbir ao “estatismo”, na medida em que os interessados, por meio das corporações, participariam em alguma medida das decisões envolvendo o setor. Como exemplo Cavalcanti cita o anteprojeto que organizaria o Instituto do Mate, onde se agregaria a “*intervenção do plantador, do commerciante, do consumidor do matte na direcção do Instituto, pela attenuação de uma intervenção puramente estatal na regulamentação do commercio interno e externo [...]*.” (CAVALCANTI, 1938c, p. XV)

#### As corporações e a estrutura democrática do Estado

As corporações também poderiam ser bem aproveitadas na formação dos órgãos políticos e representativos do Estado, já que “*Ninguém hoje terá mais o fetichismo das velhas formulas da representação directa do povo, como o único processo para a constituição de uma estrutura democrática e representativa.*” (CAVALCANTI, 1938c, p. XV)

Em relação à democracia, partindo de argumentos de base sociológica, o corporativismo superaria o “ultrapassado” sufrágio universal, possibilitando a “real” participação política por meio das corporações. Nestas haveria um sujeito concreto inserido em uma realidade produtiva, cujos diferentes interesses poderiam, de fato, encontrar um entendimento. Deveria se pressupor “*uma capacidade dos representados para se fazerem representar, e dadas as suas actividades no corpo social, o direito de intervirem na constituição dos orgaos representativos do Estado*”. (CAVALCANTI, 1938c, p. XV)<sup>103</sup>

---

que essas instituições exerciam serviço público de forma descentralizada, vide CAVALCANTI, Themistocles. **Tratado de Direito Administrativo**. Vol IV. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943a, p. 30.

<sup>103</sup> O “*sufragio individual vai perdendo sua significação primitiva e as organizações e agrupamentos humanos se vão formando em torno de idéas, sentimentos e interesses collectivos muito mais ponderáveis. A representação popular sob as bases do suffragio directo pouco representa para o individuo, a não ser sob o prima mesquinho dos seus interesses eleitoraes, [...]*” (CAVALCANTI apud BONNARD, 1938, p. XVI)

As corporações, e não os indivíduos, é que eram concebidas como sujeitos políticos e econômicos. Elas expressavam os interesses setoriais, representando uma exigência tanto da política como da economia moderna. As corporações é que deveriam ser os “corpos eleitorais”, eis que teriam homogeneidade em seus interesses.<sup>104</sup>

Na representação syndical ou corporativa, o individuo é considerado como unidade, integrado no seu grupo econômico ou social; este é que constitue a unidade, a individualidade dentro do quadro político da nação. A corporação, o sindicato, tem uma influencia directa, effectiva, nas actividades do Estado, influencia que o individuo não tem e não pode ter, porque só actua na sociedade como membro de uma organização. (CAVALCANTI, 1938c, p. XVI)

Portanto, a *verdadeira individualidade* só se daria no interior de uma corporação ou sindicato. O sufrágio individual representaria interesses “*mesquinhos*”, já a representação corporativa interesses de solidariedade.<sup>105</sup> Inclusive, na condição de um “*corpo eleitoral*”, as corporações superariam em homogeneidade os próprios partidos políticos. (CAVALCANTI, 1938c, p. XVII)

O sistema representativo deveria passar por reparos que necessariamente abarcariam as corporações, o que Cavalcanti já sustentava nos idos de 1933.<sup>106</sup>

---

<sup>104</sup> “*A economia moderna exige a organização, dentro do Estado, dos elementos que exercem a mesma actividade economica, tornado-se, assim, ‘instrumentos naturais e indispensaveis á propria actividade da Nação’*”. (CAVALCANTI apud BONNARD, 1938, p. XII)

<sup>105</sup> Explicando a representação corporativa, Pietro Costa leciona que a resposta ao sufrágio universal decorre da influência da sociologia na teoria política. O liberalismo, partindo de uma filosofia do sujeito, concebia o homem de forma abstrata em que a representação estava ligada a vontade do indivíduo; o corporativismo, partindo de uma sociologia, conceberia o homem concretamente a partir de sua realidade produtiva. “*O individuo é um momento do organismo social. Como é possível então continuar a pensar e a organizar a representação sem levar isso em conta? [...] Em lugar da representação da vontade começa a ser pensada como hipótese uma diversa representação: dos interesses, das profissões, dos grupos*”. (COSTA, 2012, p. 249)

<sup>106</sup> De fato, na obra *À margem do ante-projeto constitucional* (1933) é possível perceber a simpatia do autor a essa técnica de representação política.

O que se verifica, em materia de representação, é menos a necessidade de um retrocesso para as formas inteiramente autoritárias, do que a adaptação da democracia a um novo estado de cousas, por meio da integração no seu organismo de forças novas, que exprimem, na vida do Estado, qualquer cousa de fundamental e essencial para a sobrevivencia do regimen. [...] um processo indireto em que se façam representar aquelles órgãos que, por si, exprimem forças organizadas dentro do Estado. (CAVALCANTI, 1938c, p. XVIII)

Sobre a democracia Cavalcanti diz:

[...] que nada mais é senão o governo do povo, para o povo, pelo povo, mas que só se pode constituir por meio de uma intervenção nos negócios públicos de todas as forças que realmente contribuem para a vida e o progresso social: os que trabalham, os que produzem, os que constituem efetivamente o Estado. (1938c, p. XXVIII)

Cavalcanti adverte que a Constituição de 1934 previu um tipo complementar de representação política classista fundada nos sindicatos (associações profissionais)<sup>107</sup> ao invés das “*forças economicas ou aqueles grupos de expressão social definida*” (1938c, p. 227). Dessa forma, os sindicatos se transformaram em verdadeiros colégios eleitorais. Isso se deu ante a “*descrença no regimen eleitoral de origem popular*” e no desenvolvimento do sindicalismo no pós-1930 (1938c, p. 227). Porém, com a nova Carta houve uma modificação na representação profissional no legislativo, passando a ter uma “*função mais economica e auxiliar dos órgãos administrativos.*”<sup>108</sup>

Ao que parece Cavalcanti procura diferenciar a *representação corporativa* (representante das “*forças economicas*” ou de “*grupos de expressão social definida*”) da *representação profissional* (sindical),

---

<sup>107</sup> Artigo 23 - A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos mediante sistema proporcional e sufrágio universal, igual e direto, e de representantes eleitos pelas organizações profissionais na forma que a lei indicar.

<sup>108</sup> O texto de Cavalcanti não deixa claro qual seria essa nova função das representações profissionais.



preferindo aquela.<sup>109</sup> Essa fora uma experiência que não tivera os resultados esperados, ante a dificuldade do agrupamento das profissões dentro de “*categorias perfeitamente classificadas, pelos traços que lhe são comuns*” (1938c, p. 230).<sup>110</sup> Tais dificuldades não se apresentariam ao sistema corporativo:

A organização das corporações simplifica o problema devido, em grande parte, á facilidade com que podem ser reunidos os diversos grupos de interesses e de possibilidade em attribuir a cada um, função social e economica, perfeitamente definidas, na actual organização da vida social e economica. Ainda aqui deve ser salientada a superioridade da representação por interesses. (CAVALCANTI, apud BONNARD, 1938, p. 230)<sup>111</sup>

Além dessa preferência pelo sistema corporativo de representação política por interesses, Cavalcanti manifestava sua rejeição à democracia liberal e ao sufrágio universal.

---

<sup>109</sup> Segundo Roger Bonnard, ao contrário dos sindicatos, as corporações necessariamente possuíam um caráter misto (congregar empregadores e trabalhadores) e interprofissional (agrupar profissões, ofícios e atividades conexas, bem como consumidores e produtores). Para serem consideradas como tais, deveriam constituir um “*corpo social*”, ou seja, “un groupement dont les membres sont interdépendants, rattachés entre eux par des liens de solidarité, ayant conscience de cette solidarité et animés de la volonté de la réaliser.” (1937, p. 72). ([...] um agrupamento cujos membros são interdependentes, ligados entre si por laços de solidariedade, tendo consciencia dessa solidariedade e animados do propósito de realizá-la. – Tradução Themistocles Cavalcanti). Isso mostra um especial temor conservador em face aos conflitos de classe, um perfil comum dos colaboracionistas de Vichy, em regra, católicos de extrema direita.

<sup>110</sup> “A Constituição de 1934 cometeu o grave erro, apesar da severa advertencia que havia feito anteriormente, com a sua experiência, Oliveira Vianna, de dar prestígio e representação a uma organização syndical ainda incipiente entre nós, e de attribuir importância capital ás organizações profissionais cuja existencia está longe de ter por objectivo uma intervenção directa e immediata na vida política.” (CAVALCANTI apud BONNARD, 1938, p. 229).

<sup>111</sup> Não obstante a inocorrência do sistema corporativo no Brasil, conforme afirmado por Medeiros, o pensamento corporativista a partir da representação por interesses pode ter favorecido o que Boris Fausto denominou de “Estado de compromisso”.

Certamente que essas restrições [se referindo à crítica de Oliveira Vianna à representação profissional] não importam em reconhecer procedência naquele mysticismo dos defensores do regimen democrático, que reconhecem, nos parlamentos formados sob as bases do suffragio universal, a virtude de se constituírem como representantes incontestes da Nação. A formação cultural e a independencia dos eleitores, mesmo doz paizes mais democráticos, está longe de attingir o ideal a que aspiram os defensores sinceros da democracia. (1938c, p. 229)

### A Carta Constitucional de 10 de novembro e o corporativismo

Na opinião de Cavalcanti, o regime outorgado pela Carta de 1937 não podia ser considerado um sistema corporativista, porém a Carta teve a felicidade de dar “*um passo seguro para a formação das corporações*”. Para Cavalcanti, estava-se “*Fortalecendo a democracia, o novo regimen teve necessidade de prever uma solida base economica e social, abrindo o caminho para as corporações*”. (CAVALCANTI, 1938c, p. XXV)

Muito embora as corporações, de regra, devessem ter uma natureza de direito privado, a fim de se contraporem ao estatismo - pelo menos é o que o autor traduzido consigna na obra -,<sup>112</sup> ao analisar o artigo 140 da Carta de 1937 Cavalcanti elogia a opção constitucional de ter erigido as corporações como entes de direito público, exercendo

---

<sup>112</sup> “*A ceux que soutiennent que la corporation ne peut doit être qu’un organe étatique, on peut répondre très nettement qu’il est dans l’esprit de la notion moderne de corporation que celle-ci soit un organisme privé. En effet, sei la corporation est un organe étatique, si on a ainsi des corporations d’Etat, on sort du corporativisme pour revenir a l’étatisme.*” (BONNARD, 1937, p. 74). (Aqueles que sustentam que a corporação só é e só deve ser um órgão do Estado, pode se responder com segurança que está no espirito da noção moderna de corporação que esta é um organismo privado. Com effeito, si a corporação é um órgão do Estado, si admittimos, assim, corporações do Estado, sahimos do corporativismo para voltar ao estatismo. – Tradução Themistocles Cavalcanti). No entanto, Bonnard reconhece a possibilidade de existirem, excepcionalmente, corporações de direito público enquanto órgãos do Estado, quando se organizam como estabelecimentos públicos descentralizados. (BONNARD, 1937, p. 74)

*“funções delegadas do poder público e a elle se substituem.”* (1938c, p. XXVI)

O regime corporativista impulsionado pela Carta de 1937 transformaria a *“democracia individualista, democracia de classes, em democracia social, o que corresponde a um grão superior de sua evolução.”* Esse corporativismo elevaria o sentido da democracia na medida em que integraria politicamente apenas as *“forças que realmente contribuem para vida e o progresso social: os que trabalham, os que produzem, os que constituem effectivamente o Estado.”* (1938c, p. XXVI).<sup>113</sup>

Da obra de Bonnard e das notas redigidas pelo tradutor é possível compreender que a tese de fundo era que o Estado liberal clássico estava ultrapassado, impondo-se pensar um novo modelo que superasse o liberalismo, mas que não caísse na proposta socialista ou mesmo em um regime de uma estrutura estatal hipertrofiada, ou seja, um totalitarismo de esquerda ou de direita. Enfim, o corporativismo aparece aos olhos de Cavalcanti como uma solução tanto ao “egoísmo” individualista liberal como ao estatismo (de direita ou de esquerda).

Em relação à solução ao “Estado autoritário” (estatismo), este podia ser entendido tanto como um Estado socialista como um estatismo. No último caso, a máquina estatal se tornaria demasiada grande por conta das exigências interventivas. Dessa forma o corporativismo seria uma alternativa para neutralizar a “luta de classes” - o que, em última análise, evitaria o advento de um Estado socialista -, e também um “remédio” ao estatismo, já que promoveria um intervencionismo descentralizado, atenuando a hipertrofia do Estado, potencialmente danosa à sociedade e aos direitos e liberdades individuais.

O momento histórico no Brasil é tanto de regulação da sociedade civil (economia) como de construção da estatalidade nacional.<sup>114</sup> Na época a questão do papel do Estado na sociedade civil e no mercado era

---

<sup>113</sup> É particularmente difícil entender a Carta de 1937 como um fortalecimento da democracia quando ao lado da previsão constitucional das corporações encontrava-se expressamente que a *“greve e o lock-out são declarados recursos anti-sociais nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional.”* (vide artigo 139).

<sup>114</sup> *“A etapa decisiva de constituição do Estado brasileiro ocorre a partir da Revolução de 1930.”* In. BERCOVICI, Gilberto. *Instabilidade constitucional e direitos sociais na Era Vargas*. In. **História do Direito Brasileiro: leituras as ordem jurídica nacional**. (Org) Eduardo Bittar. São Paulo: Atlas, 2003, p. 223.

relevante. Não que o Estado nunca tivesse aparecido como interventor, eis que havia “*ilhas de intervenção*” no período da Primeira República. Ocorre que, no pós-30, a intervenção do Estado aumentou quantitativa e qualitativamente e isso redundou em problemas teóricos.

De um lado, havia a desconfiança liberal em um Estado cada vez mais interventor; de outro, a desconfiança em relação ao perigo socialista. Um Estado com muita intervenção representava uma aproximação perigosa a uma proposta socialista, além de promover um “inchaço” da máquina burocrática (estatismo), o que representaria uma ameaça aos direitos. A tese corporativista vai tentar mediar essas desconfianças. Pretendeu propiciar um Estado interventor, sem cair em um estatismo e evitando um Estado Socialista. No seu viés político, propiciaria uma democracia “controlada” por meio da representação corporativa. Era uma estratégia de recepcionar o intervencionismo a partir de uma descentralização administrativa e política.

Para o autor, a Carta de 1937, por si mesma, não promoveria um regime corporativo, mas representava um importante passo para a formação das corporações, elevando o sentido da democracia ao supostamente transformar a democracia liberal individualista em democracia social. “*Fortalecendo a democracia, o novo regimen teve necessidade de prever uma solida base econômica e social, abrindo caminho para a organização das corporações [...].*” (CAVALCANTI, 1938c, p. XXVIII)

Por fim, é possível afirmar que, para Cavalcanti, o Estado Corporativo era uma decorrência natural e inevitável do progresso da história<sup>115</sup>, representando o modelo jurídico-político necessário ao “*indiscutível*” regime intervencionista do Estado. Como a resposta “*thecnica*” para o Estado moderno, evitaria o liberalismo “egoísta”, o socialismo “totalitário” e o estatismo “autoritário”.

Se, como afirmou Jarbas Medeiros, não houve um autêntico Estado corporativo no Brasil, a ideologia corporativista reclamou transformações políticas, administrativas e econômicas que repercutiram em mudanças conceituais no Direito Público. Em temas como serviço público, autarquia, poder de império, regulação e legislação. Nesse sentido, não é em vão que Cavalcanti reserve a última frase do seu prefácio dizendo que estava a apresentar naquela tradução o “*aspecto novo do direito público*”. (1938, p. XXVIII)

---

<sup>115</sup> Sobre o uso da história como estratégia de legitimação tanto pelo progresso como pela natureza, vide HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Européia. Síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

Feita essa abordagem sobre o pensamento do autor em temas introdutórios do direito administrativo e constitucional e que servem de ponto de partida para o aprofundamento na obra de Cavalcanti, doravante será analisada a obra do autor a partir de diferentes períodos (1930 a 1937; 1937-1946; 1946-1964).

Como já informado, esses períodos foram destacados, pois além de auxiliarem na seleção e organização das fontes, representam importantes rupturas constitucionais e políticas. Portanto, o objetivo a seguir será investigar as continuidades, rupturas e inovações no pensamento jurídico do autor, relacionando-as, quando cabível, aos acontecimentos históricos. Trataremos o texto em seu contexto e em busca dos sentidos originários das fontes. Dentre as várias alterações ligadas ao modelo interventor de Estado, destacar-se-á o tema das delegações legislativas.

### 3.2. AS DELEGAÇÕES LEGISLATIVAS NO PENSAMENTO DE THEMISTOCLES CAVALCANTI

Venancio Filho, em obra capital, adotou a divisão sugerida por Bernard Chenot e analisou o tema da intervenção do Estado no domínio econômico a partir de dois aspectos: o *direito regulamentar* e o *direito institucional*. Esses aspectos seriam as facetas de um novo campo do direito, o *direito público econômico*.<sup>116</sup> No primeiro, o Estado exerce um papel exclusivamente normativo; no segundo, desempenha uma atividade de agente econômico.

O direito regulamentar econômico se desenvolveu a partir e além do poder de polícia, uma questão de “*jurisdição técnica*”, assentada no seguinte processo:

[...] conceder-se ao órgão administrativo competência para decidir em concreto sobre determinados fatos econômicos. É por isso que a legislação regulamentar do Direito Público Econômico se utiliza amplamente de *standards* legais, oferecendo, assim, amplos meios de discricção ao órgão administrativo. (VENANCIO FILHO, 1968, p. 79)

O modelo interventor de Estado favoreceu uma relação mais próxima entre direito e economia (“*o econômico como conteúdo do direito*”). Entre as consequências dessa aproximação surgiu a

---

<sup>116</sup> Sobre o tema na Alemanha, vide STOLLEIS, 2004.

necessidade de um novo tipo de legislação, obrigando a um “*reajustamento da ciência jurídica*” e a um “*deslocamento teórico*”. As regras próprias do direito econômico desafiariam os juristas a se desvencilharem da “*estrutura clássica do direito*”, dos “*sedutores, mas esterilizantes, esquemas da lógica formal*”. Tais normas possibilitariam aos poderes públicos agirem ativamente na economia (VENANCIO FILHO, 1968, p. 69).<sup>117</sup> Nas palavras de Cavalcanti, era preciso pensar em uma nova técnica legislativa.

O tema das delegações legislativas pode ser localizado nesse sub-ramo do direito regulamentar econômico, que, inevitavelmente, deságua em um dos capítulos mais clássicos e problemáticos da teoria política moderna: a tripartição dos poderes.<sup>118</sup>

A separação dos poderes é um tema que permeia praticamente toda a obra de Cavalcanti. Desde os escritos da década de 30 até aqueles da década de 70. O propósito aqui colocado não é tratar minuciosamente todos os pontos enfrentados pelo autor, mas focar naqueles que repercutem direta ou indiretamente no deslocamento de certo poder normativo do Legislativo para o Executivo tendo em vista o intervencionismo estatal.

---

<sup>117</sup> Segundo Luiz Gonzaga do Nascimento e Silva, “*essa transformação do tipo de atuação do Estado se traduz por uma multiplicidade de estatutos de diversa importância – leis, decretos, portarias, atos administrativos – numa incorporação à ordem jurídica de uma rede fragmentária de comandos, cuja importância nem sempre está em relação direta com a hierarquia de norma.*” Para San Tiago Dantas, “*em torno de nós se processa uma vasta e grandiosa reforma do sistema legislativo; no Brasil, como de resto em todo o mundo, a velha sistemática elaborada sobre as bases de um outro direito positivo não abre espaço para inovações. Refazer a doutrina, reajustar a ciência jurídica ao seu imutável objeto, que é a lei, eis a tarefa a que os nossos esforços devem ser consagrados.*” Conforme Luiz Gonzaga do Nascimento e Silva, tratando do direito econômico, “*a criação de regras próprias a reger essa nova e considerável esfera da vida social é tarefa que se impõe aos juristas atuais, que não se devem ancorar na estrutura clássica do direito, nos sedutores, mas esterilizantes, esquemas da lógica formal, indo, ao contrário, aos encontro da realidade social. À realidade dos problemas há de corresponder à plasticidade das fórmulas jurídicas.*” (apud VENANCIO FILHO, 1968, pp. 65; 67; 69)

<sup>118</sup> A “paternidade” da separação de poderes foi atribuída a Montesquieu, entretanto, o princípio encontra suas raízes na teoria republicana, nomeadamente através da teoria do governo misto (Hansen, 2010). Não obstante, a separação dos poderes foi objeto de apropriação pelos autores liberais, sobretudo a partir da segunda metade do século XIX, por isso sua assimilação como um postulado liberal.

Que na época havia uma tendência à sobreposição do Executivo ao Legislativo, isso já demonstra a farta bibliografia sobre o período. O que deve chamar a atenção é como esse discurso foi construído no meio jurídico.

### 3.2.1. Período de 1934 a 1937

As fontes de referência desse período são os livros *À margem do ante-projeto constitucional* (1933) e a segunda edição do *primeiro volume* das *Instituições de Direito Administrativo Brasileiro* (1938a).

As *Instituições* (1938a), muito embora publicadas em 1938, foram redigidas antes da Carta de 37. A primeira edição é de 1936 e a segunda é de 1938 (o prefácio foi redigido em setembro de 37). A segunda edição do *segundo volume* das *Instituições* (1938b), no prelo, foi surpreendida pela outorga da Carta. Provavelmente, quando outorgada a Carta (novembro de 1937) a segunda edição do primeiro volume (1938a) já estava impressa e o segundo volume (1938b) estava para ir para a impressão e assim sendo deu tempo de Cavalcanti incluir uma introdução versando sobre a nova “Constituição”.

Quando a obra *À margem* (1933), como mencionado no *primeiro capítulo*, Cavalcanti integrou a Comissão do Itamarati. A fonte ora estudada é um livro em que o autor tratou de algumas ideias por ele teria sustentado durante a comissão. Um livro “*sem pretensões doutrinárias e dentro de um espírito de sinceridade, serve para justificar alguns dispositivos do trabalho da sub-comissão.*” (1933, p. 05)<sup>119</sup>

No prefácio da obra Cavalcanti registra:

O trabalho ali realizado representa bem a média das aspirações geraes do paiz. Assegura a liberdade contra o caudilhismo de que ás vezes se tem revestido a política nacional; previne contra as demasias do poder pessoal dos nossos homens de governo. [...] abriu no terreno social largas possibilidades a uma transformação radical de nossas tendencias individualistas. A forma adotada não traz grandes transformações aos modelos clássicos. Não o poderia ter feito, dadas as tendencias actuaes do nosso povo. Contra as

---

<sup>119</sup> Confrontando essa obra com as atas da comissão é possível constatar que o autor foi fiel, no geral, às discussões travadas. Nesse sentido, vide Mendonça Azevedo, José Afonso de. **Elaborando a constituição nacional: atas da subcomissão elaboradora do anteprojeto 1932/1933**. Brasília: Senado Federal, 2004.

formas clássicas só poderiam prevalecer governos unipartidários, nascidos de golpes de força que valem mais como expressão política de um só homem do que como forma política organizada dentro dos moldes democráticos. A sub-comissão foi, portanto, lógica dentro de suas finalidades. Aos homens de força compete, si o quiserem e si o puderem, instituir outros regimes e implantar novas formas políticas. [...] Não há formas políticas definidas. (1933, pp. 05-06; 80)

O livro é dividido da seguinte forma: *Prefácio; Introdução; Federação; Dos municípios; Poder executivo; Poder legislativo; Referendum; Poder judiciário; Ordem econômica e social.*

Ainda que algumas propostas que Cavalcanti sustentara na Comissão do Itamaraty não tenham sido aceitas, nesse livro o autor transmite a ideia de que o projeto de 1934 era o melhor para o país. Trata-se, portanto, de um livro com claras pretensões de legitimar a Constituição de 1934. A partir da análise geral do trabalho é possível concluir que Cavalcanti saúda a Constituição de 16 de julho, representando para ele um projeto de notável evolução institucional e política.

Dizia o autor que o momento de transição que o país atravessava, dominado por um espírito de “*desagregação mental e política*” exigia uma “*consciência perfeita da realidade actual e um grande desprendimento doutrinário*”. Isso porque a influência doutrinária que “*importamos da Europa*” passava ela mesma por uma “*subversão*”. Para ele o desafio do anteprojeto da nova Constituição era “*preparar uma estrutura política [...] sem as peias e freios da Constituição de 1891.*” (1933, pp. 07-08)

Os principais defeitos da Constituição de 1891 eram o modelo federativo adotado e o individualismo. O primeiro “*ia nos desagregando politicamente*” e o segundo teria criado um “*espírito de dissolução social*”, privando o país de um “*sentimento coletivo*”. Dessa forma, a nova federação deveria primar pela unidade nacional passando ao “*obrigatório reconhecimento de deveres e direitos sociais, tão prementes e necessários quanto os individuais*”. A nova Constituição deveria ser pensada dentro da “*concepção política moderna*”, pautada por um “*espírito coletivo, capaz de integrar o povo na ideia de Estado.*” (1933, pp. 08-09)

Citando Aurelino Leal, Cavalcanti enfatiza a importância da tendência unitária, mesmo a partir do sistema federativo, que



pressupunha a ideia de união e não de desagregação. O erro do modelo de 1891 deu-se porque os homens daquela época estavam mais preocupados com ideologias do que com a “*realidade geographica e moral do paiz*”, por isso seria preferível renunciar às “*sedutoras*” ideologias a elaborar uma Constituição fora da realidade. (CAVALCANTI, 1933, p. 10)

A primeira instituição a ser reformada deveria ser o Legislativo, tendo em vista o “*fracasso das assembleas, quer como órgãos representativos, quer como órgãos técnicos*”, elas não passariam de “*mero agrupamento de representantes das oligarquias políticas e familiares.*” (1933, p. 11). Dessa forma, um dos pontos essenciais a serem repensados deveria ser a forma de representação em uma democracia, sobressaindo uma constante no pensamento de Cavalcanti: a despolitização do Estado por meio de uma razão técnica superior aos conflitos de interesse.

É preciso, como norma geral, estabelecer uma organização do Estado, mais técnica do que representativa, mais administrativa do que puramente política, para que os serviços públicos, orientados no sentido do interesse comum, preencham as suas finalidades sociais, sem os impecilhos de ordem pessoal que arrastam consigo as influências políticas. Não é fácil, certamente, realizar esse programa de despolitização do Estado. (CAVALCANTI, 1933, p. 12)

Ainda tratando da representação, Cavalcanti manifestava outro tema recorrente em suas obras: a composição profissional do Legislativo e a permanente releitura e adaptação de ideias corporativistas.<sup>120</sup>

---

<sup>120</sup> O tema da representação corporativa foi debatido na Comissão do Itamaraty e Cavalcanti não era o único defensor desse modelo. Na quinta sessão (26.11.1932) o jurista leu sua opinião: “*Si eu tivesse de dar o meu voto, sem attender a outras considerações que as de caracter puramente ideologico, opinaria por uma pequena Assembléa, technica, profissional, organizada por meio de representação de classes. Mas, bem comprehendo que estamos em um periodo de transição entre o systema individualista-democratico e um regimen novo absorvido por preocupações sociais e cuja estrutura política tem um caracter eminentemente pratico, que não permite illusões a respeito da efficacia dos grandes parlamentos constituídos pelo suffragio universal. De sorte que temos de acceitar um regimen mixto, de transição, que acompanhe a revolução sem desprezar interesses ainda preponderantes. Por isso, transigindo*

[...] necessidade de reduzir as influencias meramente politicas sobre os orgãos do Estado, surgiu a solução antiga, mas sempre renovada, da composição profissional dos parlamentos. Seguindo uma tendência universal, apresentou-se na sub-comissão a oportunidade para aventar-se a representação de classes. A organização de classes, de agrupamentos de interesses iguaes, a reunião de indivíduos ligados por sentimentos affins, é o melhor processo de formação e persistência desse espírito social, condição da existencia do Estado. [...] Dêem á representação profissional existência real e veremos se a função não dará vida e efficiencia a esse novo órgão legislativo. [...] a representação profissional pode-se, portanto, dizer, é a expressão política da divisão do trabalho. (CAVALCANTI, 1933, pp. 13-14; 16)<sup>121</sup>

Para justificar a “modernidade” desse novo modelo de representação, Cavalcanti cita a existência do mecanismo na Alemanha e na Áustria.<sup>122</sup> Também, a representação profissional enfrentaria a luta de classes, que, para o autor, era um fenômeno inevitável ante a desigualdade política, social e econômica. Essa luta, porém, não deveria ser entendida equivocadamente como um corte horizontal, cindindo a sociedade em duas grandes classes sociais, mas sim por meio de “*córtes verticaes representados pelos interesses em jogo, que devem ser coordenados e conjugados*.”<sup>123</sup>

---

*deante de taes imperativos, voto por uma Assembléa só, com dupla representação, uma política e outra de classe, com funções conjugadas e numero reduzido e limitado de membros.*” (apud MENDONÇA AZEVEDO, 2004, p. 69). Sobre a representação profissional na constituinte de 1933, vide WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil**. São Paulo: Acadêmica, 1989.

<sup>121</sup> Nesse ponto cita Maurice Hauriou (*Le syndicalisme moderne*) e Charlier (*Le syndicalisme moderne*).

<sup>122</sup> Nessa época muitos países tenderam a se afastar da democracia. A Áustria, por exemplo, passou a se espelhar em Portugal, tentando criar uma ditadura corporativista que invocava o catolicismo conservador e seus doutrinadores.

<sup>123</sup> A mesma visão é sustentada na obra de 1938. Para ele, a luta de classes era um problema inevitável, mas que poderia ser modificado se a desigualdade

Reforçando a defesa desse novo e “revolucionário” modelo de representação, Cavalcanti ataca a democracia liberal de massas. Citando Ortega y Gasset (*La rebellion de las massas*), adverte sobre o “*cháos creado pela hyperdemocracia que conduziu o mundo ao governo da multidão, das massas inorgânicas*” (1933, p. 18). Ainda segundo Cavalcanti, essa representação profissional não afastaria a intervenção do povo da obra legislativa, já que seria possível a participação pelo *referendum* e pela iniciativa popular.

Logo, não se tratava em recusar a democracia, mas em repensá-la. Era mais uma “*questão de forma do que de fundo*”. Os reparos eram restritos apenas ao mecanismo de participação e à constatação evidente das corrupções eleitorais que o país tanto padecera (1933, p. 19). Mais que renegar a democracia, a pretensão era deixar no passado a “democracia liberal” e presentear o futuro com uma “democracia social”.

A democracia ainda é sem dúvida a forma mais justa de governo, mas a democracia social e não individualista, chamada impropriamente de liberal, que é a forma mais perfeita do egoísmo humano e da tyrannia dos mais fortes social e economicamente. (1933, p. 20)

---

humana (política, social e econômica) fosse enfrentada adequadamente (1938a, p. 281-285). Note-se que, ao contrário da perspectiva marxista, a luta de classes, muito embora um dado concreto, poderia ser mediada caso houvesse uma alteração nas instituições políticas, em especial no legislativo (1938a, p. 284-285). Essa solução corporativa à luta de classes também foi proposta por Francisco Campos e tinha precedentes não só no fascismo e no falazarismo, mas também na doutrina social católica, após a *Rerum Novarum*. Tratando da Encíclica *Pacem in terris*, Cavalcanti manifesta aspectos do seu pensamento católico: “*Surgem, entretanto, como sinais do tempo, a Rerum novarum, a Mater et magistra, a Pacem in Terris que, a meu ver, reúne todos os problemas da crise do mundo moderno, que é, por si só, uma constante ameaça à paz. [...] Assim, a paz na Terra não é um princípio, senão a consequência de uma ordem sujas bases estão fixadas na doutrina cristã e que não sofrem alterações, nem com o progresso da ciência, nem com as invenções da técnica, que antes evidenciam, no dizer da encíclica, ‘que reina uma ordem maravilhosa nos seres vivos e nas forças da natureza.’ [...] A teoria da Igreja é a do bem comum, que atravessa os séculos. O bem comum é o interesse geral mas é igualmente um princípio de ordem moral, que terá por fim o aperfeiçoamento do homem e o seu progresso material e moral. Este bem comum exige que todos devem ajuntar seus próprios interesses aos dos demais. [...].*” (1978c, p. 142; 147; 149).

O problema dos parlamentos tinha ficado no século XIX, o século XX era a vez do Executivo. Cavalcanti advoga a ideia de que o Legislativo deveria ser reduzido em suas proporções, restringindo-se a legislar, porém sem um cunho administrativo ou político. Ou seja, os temas da administração pública deveriam passar à margem dos jogos políticos parlamentares, eis que os serviços públicos e a ordem econômica e social deveriam ser despolitizados. Os parlamentos não teriam, por conseguinte, vocação técnica; a “*obra legislativa*” não poderia se imiscuir na “*órbita administrativa*”.<sup>124</sup>

O Parlamento, reduzido em suas proporções, restringiria assim a sua acção á obra legislativa, sem se intrometer na órbita administrativa, ou mesmo política. O regimen democrático teria desta forma uma expressão mais pratica e se processaria a despolitiquização do Estado, transformando em administrador dos serviços publicos e garantidor da ordem economica e social. [...] Um dos grandes males dos parlamentos é que elles só tratam, em geral, do interesse político e têm raras iniciativas de interesse cultural ou econômico. (1933, p. 56; 85).

Não obstante a falta de clareza, é interessante destacar que o autor relacionava democracia, Executivo forte e reformulação da função legislativa, “*Si nós preferimos uma fórmula democrática temos que lhe dar toda a malleabilidade possível, porque é impossível conciliar o*

---

<sup>124</sup> Esta perspectiva manteve-se na reforma administrativa promovida pelo Decreto-lei 200/67. “*Nesse cenário, os idealizadores da reforma perceberam que não só havia uma profunda necessidade de atualização das leis, como também deveria haver uma mudança de paradigma na técnica legislativa. Era preciso, dessa forma, eliminar o equívoco de que leis em sentido estrito deveriam dispor sobre matérias próprias de regulamento. As leis deveriam dispor apenas sobre autorizações, princípios e normas de natureza estritamente legislativa, conferindo liberdade para que o Executivo pudesse expedir decretos e regulamentos indispensáveis à sua implementação. Parece coisa sem importância, mas um dos maiores fatores de paralização (sic) da Administração Pública tem sido o fato de as leis serem minuciosas e invadirem inconscientemente a área do Poder Executivo*”. (SALINAS, 2010, p. 530)

*executivo forte com o jogo normal das funções parlamentares.*” (1933, pp. 56-57)<sup>125</sup>

Para Cavalcanti, o da Primeira República era de desagregação nacional, atingindo, inclusive, o Judiciário. A Constituição de 1891 e as práticas políticas sedimentadas sobre ela haviam promovido a predominância dos interesses de alguns estados em prejuízo da federação. A nova constituição deveria primar pela implantação da unidade, que seria um princípio fundamental da federação. Para tanto, seria necessário transformar o Supremo Tribunal em uma Corte de Cassação, revisando as decisões dos tribunais estaduais. (CAVALCANTI, 1933, pp. 96; 98-99)

[...] a justiça, que devera ser nacional, fragmentava-se aos poucos pela predominância dos interesses estadoaes, contrariando o princípio fundamental de todo o systema federativo, que é a preeminencia da União. [...] Quem conhece, porém, a verdadeira situação da justiça de certos Estados, outra solução não vê que não a da unidade, com o Supremo Tribunal transformado em Tribunal de Cassação, exercendo a sua benefica acção revisora sobre as duas dezenas de tribunaes superiores [...] Este seria o grande factor da unidade nacional. (1933, pp. 96; 98-99)

Além de ser um agente de unidade nacional, competiria ao Judiciário a uniformização do direito a fim de evitar privilégios, bem como ser um órgão progressista voltado ao equilíbrio social e político, atento às desigualdades humanas. Nesse diapasão, o Judiciário deveria se especializar para melhor interpretar a lei, “*arejando*” a mentalidade jurídica.<sup>126</sup> Sobretudo, os juízes deveriam se afastar da política.

---

<sup>125</sup> Como mais um dos mecanismos para controlar o Legislativo o autor defende a criação do referendo popular, limitado ao “*grão de cultura*” do povo, “*Demais, é preciso considerar que nos paizes de educação ainda incipiente, onde o povo mal conhece os seus representantes e ainda menos as ideais que elles têm, dada a pouca significação doutrinária de partidos ainda de expressão duvidosa, o referendum é como um meio de controle da actividade e da orientação das camaras legislativas indispensável á formação e disciplina partidária.*” (1933, p. 93)

<sup>126</sup> Quanto à interpretação da lei, Cavalcanti enfatiza que, no anteprojeto, foram fixadas normas gerais de interpretação, entre elas aquela que determinava que “*a lei não poderá ser interpretada ou aplicada contra o interesse coletivo. [...] norma assentada pela idéa (sic) moderna de socialização do direito.*

Outrossim, essas mudanças passariam necessariamente pela renovação de seus agentes.

É preciso, na realidade, que o Poder Judiciário não seja um instrumento de classe, uma machina conservadora, em seu sentido restricto, mas um elemento de equilibrio social, um órgão nivelador das desigualdades humanas [...] abrir caminho para uma constante renovação e arejamento da mentalidade judiciária, porque com ella se renovarão as próprias instituições. [...] Dahi a necessidade de cuidar da magistratura. Especializa-la. Renovar os seus quadros, por meio da aposentadoria compulsória. [...] afastar tanto quanto possivel o poder judiciario da política [...]. O poder judiciário não será, assim, um mero distribuidor de sentenças, mas a grande força de equilibrio do Estado. (1933, pp. 99; 100; 101)

Essa menção ao Judiciário é importante para demonstrar que Cavalcanti se aproximava da proposta de que, à medida que se fortalecia o Executivo e se colocava o Legislativo em “seu devido lugar”, como “contrapeso” era preciso aparelhar, repensar e renovar o Judiciário,

---

*Representa uma ideia (sic) larga para a humanização da justiça e uma reacção contra a estreita concepção da interpretação material da lei. O interesse individual nunca pode justificar a interpretação de um dispositivo legal, quando este vem ferir o interesse geral. [...] o interprete terá de ter sempre em mira o fim social da norma juridica, que nunca poderá servir de instrumento para o individuo beneficiar-se em detrimento da collectividade. [...] A questão dos interesses econômicos é cada vez maior sobre a Justiça”* (1933, p. 125; 126). Quanto ao afastamento político dos juizes, *“A inelegibilidade dos magistrados tem uma razão altamente relevante, que é a de affastar quanto possível o magistrado das influencias políticas e restringir o campo de suas ambições, apenas á sua alta missão julgadora. A aproximação dos membros do poder judiciário da actividade política e mesmo a possibilidade de seu desvio para as luctas partidárias deformam o espírito do homem da justiça e o sujeitam a influencias desprezíveis para o exercício dessas funções. [...] E isto se impõe por dous motivos: primeiro, para evitar influencias políticas na nomeação dos membros do Poder Judiciário; segundo, porque a mentalidade do magistrado pode se ressentir de hábitos e preconceitos adquiridos na vida partidária”* (1933, pp. 130-131). Cavalcanti, de fato, sustentou essa posição nas discussões do anteprojeto da comissão do Itamaraty. (MENDONÇA AZEVEDO, 2004, p. 537)

tendo em vista que um Executivo “forte” precisava de um Judiciário “forte” a fim de evitar que aquele se tornasse opressor.<sup>127</sup> Também é possível sugerir que essa renovação serviria para evitar que os juízes da “velha” república interferissem nos planos da “nova” república. Era preciso colocar “gente mais moderna”, com um pensamento mais “moderno”.<sup>128</sup>

O fortalecimento do Executivo não representava uma imunização dos sistemas de controle, era mais para fornecer os meios adequados para que ele atendesse satisfatoriamente às demandas sociais e econômicas da época, bem como, no viés político, enfraquecer antigas oligarquias incrustadas nos partidos políticos tradicionais, nos parlamentos e nos tribunais. Nesse sentido, até para se alinhar à narrativa teórica da doutrina da separação dos poderes, seria essencial

---

<sup>127</sup> “O magistrado precisa ser forte. O seu prestígio deve ser maior do que o dos governos, porque estes passam e a justiça é permanente e uma só.” (1933, p. 106)

<sup>128</sup> “Constitui uma garantia e um prêmio para o magistrado, uma condição para a distribuição da justiça e um meio de renovar o quadro da magistratura. Medida que se impõe em um país novo, cheio de ideias velhas e de preconceitos jurídicos vetustos, onde os homens cultos não se conformam com o descanso merecido e morrem sobre os livros. [...] Resta, porém, fixar a idade compulsória. Esta não pode ser elevada. O clima, as dificuldades da vida, a fadiga cerebral, o apego às velhas formulas que não satisfazem às novas gerações. [...] O juiz que exerce a sua magistratura 30 anos, neste período não pode acompanhar e principalmente se adaptar a toda a evolução das ideias. A contradição entre as suas convicções, bebidas no período de sua formação intelectual, e as necessidades ambientes tornam a sua eficiência duvidosa e talvez iníquas as suas decisões por falta de ‘semelhança social’ entre as suas ideias próprias e as dominantes.” (1933, p. 131-132). Citando Harold Lasky (sic), “[...] nos primeiros cinco annos do seu exercício, [o juiz] está certo de que suas opiniões, em grande numero, são erradas, nos casos críticos; nos cinco annos seguintes estará bem seguro de que ellas estão certas; e, em seguida, saberá comportar-se com serenidade, sejam ellas justas ou falsas (Grammaire de la Politique, pg. 278).” (1933, p. 132). Ainda no mesmo tema, “A velhice é conservadora, e as idéas assentadas no período de formação intellectual só podem envelhecer com a idade. [...] a descrença dos homens e das cousas abalam o organismo mais vigoroso, depois de certa idade. A compulsória é, assim, um justo prêmio aos que souberam servir ao seu país” (1933, p. 133). Entretanto, na entrevista concedida na década de 70, a opinião do autor sobre a aposentadoria compulsória dos juízes, não por acaso, é bem diferente (vide capítulo 1).

apresentar um contraponto a esse fortalecimento, que não seria o Legislativo, mas um Judiciário “renovado”.<sup>129</sup>

Nessa toada, convém registrar a opinião do autor sobre o controle de constitucionalidade das leis.<sup>130</sup> Segundo Cavalcanti, esse controle que surgiu nos Estados Unidos da América no caso Marbury-Madison tinha se tornado uma “*pratica da constituição*” no Brasil, “*sem que estivesse por qualquer forma inscripto na constituição*”.<sup>131</sup> O julgamento de inconstitucionalidade das leis ou “*actos executivos*” deveria ser feito em espécie e por provocação do interessado, cingindo-se o juiz à análise da

---

<sup>129</sup> Também é possível encontrar em Azevedo Amaral uma função diferenciada atribuída ao Judiciário. Oliveira Vianna dedica em um dos capítulos das suas *Instituições políticas brasileiras* uma análise do Judiciário. No capítulo intitulado *O poder judiciário e seu papel na organização da democracia no Brasil* o autor destaca que “*Os nossos reformadores constitucionais e os nossos sonhadores liberais ainda não se convenceram de que nem a generalização do sufrágio direito, nem o self-government valerão nada sem o primado do Poder Judiciário [...]*.” (1987, p. 160). Esse primado do Judiciário substituiria até mesmo a participação política do cidadão: “*O ponto vital da democracia brasileira não está no sufrágio liberalizado a todo mundo, repito: está na garantia efetiva do homem povo-massa, campônio ou operário, contra o arbítrio dos que ‘estão de cima’ – dos que detêm o poder, dos que ‘são governo’. Pouco importa, para a democracia no Brasil, sejam estas autoridades locais eleitas diretamente pelo povo-massa ou nomeadas por investidura carismática: se elas forem efetivamente contidas e impedidas do arbítrio – a democracia estará realizada*”. (1987, p. 160)

<sup>130</sup> O controle de constitucionalidade também já estava presente no debate político da Primeira República.

<sup>131</sup> Sobre a história constitucional norte-americana, notadamente sobre o tema do controle de constitucionalidade, vide LYNCH, Christian Edward Cyril. *Do direito à política: a gênese da jurisdição constitucional norte-americana*. In: **Revista de Ciências Sociais** (UGF), v. 20, p. 15-40, 2010. PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional**. Brasília: Editora UnB, 2008. Em estudo da década de 70 o jurista afirmou que a Constituição de 1891 “*nada mais fez do que atribuir implicitamente aos Tribunais competência para apreciarem a inconstitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público. Não tardou a que as Leis n.º 848 – art. 12 – e 221 – art. 18 ambas de 1894, tornassem explícita essa competência*”. CAVALCANTI, Themistocles. *O Supremo Tribunal Federal e a Constituição*. In: **Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal: conferências e estudos**. Universidade de Brasília 11 a 14 de setembro de 1978. Brasília: UnB, 1982.



conformidade da lei com a Constituição, “*nunca quanto á sua conveniência ou oportunidade*”. (1933, p. 115)

Não obstante as “*vantagens desse systema*”, era preciso modernizá-lo, eis que “*a pratica judiciária e a technica constitucional modernas exigem um mecanismo mais maleável que dê mais efficiencia á instituição*.” (1933, p. 116). O sistema demandaria um reparo, sobretudo para dirimir o problema da permanência em vigência de um dispositivo declarado inconstitucional, continuando a produzir efeitos jurídicos. A proposta de Cavalcanti, emprestada segundo ele da Áustria, era o julgamento de inconstitucionalidade em tese, por provocação do Legislativo ou de interessados; ou a manutenção do julgamento em espécie, mas com um mecanismo cujos efeitos da decisão fossem estendidos para os demais interessados. (1933, p. 116)<sup>132</sup>

---

<sup>132</sup> É interessante analisar, nesse ponto, as atas da comissão elaboradora do anteprojeto da Constituição de 1934. O informado por Cavalcanti pode ser comprovado pelas atas, nas quais se depreende uma intensa discussão envolvendo o tema da declaração de inconstitucionalidade. É possível encontrar três propostas gerais sobre esse controle: a) declaração de inconstitucionalidade em tese, proposta pelo legislativo ou qualquer interessado (Themistocles Cavalcanti); b) controle em espécie, após a decretação da inconstitucionalidade pelo STF haveria uma apreciação pelos demais poderes e em caso de impasse a controvérsia seria decidida pelo povo por meio de referendo (João Mangabeira); e c) a criação de um Conselho Supremo, composto por diferentes mecanismos de representação, entre eles o corporativo, que cooperaria com o legislativo e executivo no controle de constitucionalidade (Castro Nunes). Quanto à proposta de Cavalcanti, votaram a seu favor, com ou sem reservas, João Mangabeira, Oliveira Vianna, Carlos Maximiliano e Oswaldo Aranha. Votaram contra, Mello Franco (presidente), Antonio Carlos, Agenor de Roure e Goes Monteiro. Os três últimos eram os mais críticos à emenda apresentada por Cavalcanti. Deles foi a objeção de uma “*república judiciária*” caso o mecanismo não contasse com a colaboração dos demais poderes. Mello Franco, amistosamente, posicionou-se contra, manifestando sentir “*profundamente divergir, mas é contrário a essa emenda do jovem e intelligente collega, sr., Themistocles Cavalcanti. É radicalmente contra ella por achar que ella traz uma subversão completa da organização dos poderes perante o paiz. [...]*” (MENDONÇA AZEVEDO, 2004, p. 537). Para Antonio Carlos a decretação em tese “*exorbita de todos os princípios que, até hoje, têm vigorado no mundo*” (MENDONÇA AZEVEDO, 2004, p. 532). Sobre a proposta de João Mangabeira, Antonio Carlos divergiu dizendo que “*não conferia nunca a uma assembléa política o direito de interpretar a Constituição. [...] Chega a considerar que se exorbitou do universal, entregando-se a uma assembléa política a interpretação da lei á luz da Constituição, em character de decisão. [...] si se não deve dar a uma*

Segundo Cavalcanti, tal proposta foi por ele formulada à Comissão do Itamaraty, nomeadamente o julgamento em tese, porém a ideia foi vista como uma “*dictadura judiciaria*” (1933, p. 117). O que para ele não fazia sentido, haja vista que a atuação judiciária estaria limitada pela própria Constituição.<sup>133</sup> De fato, para o jurista o Supremo Tribunal era “*essencialmente*” político por conta das suas funções, da sua competência, da sua natureza e da repercussão de seus julgados, mas não era “*exclusivamente*” político, eis que não interferiria naquilo que é da essência da política: “*a discreção, a apreciação da conveniência ou oportunidade*”. (1933, p. 118; 119)

Outra ideia sustentada na comissão era que, uma vez declarada a inconstitucionalidade em tese, o assunto deveria regressar ao Legislativo para que esse poder decidisse em definitivo sobre a constitucionalidade. Porém, segundo o autor, tal dispositivo agravaria os conflitos entre os poderes e deturparia a função judiciária na sua “*alta missão constitucional*” (1933, p. 122). Tal controle deveria ser de competência exclusiva do Judiciário.<sup>134</sup>

---

*assembléa politica o poder de interpretar a Constituição, como dar ao povo, á massa popular, o direito de interpretar a lei, para declarar si ella é ou não inconstitucional?! A função interpretativa da lei, com caracter de decidir, é exclusiva do Poder Judiciário. O contrario seria lançar uma grave perturbação, d'óra avante, na vida juridica do paiz.”* (MENDONÇA AZEVEDO, 2004, p. 573)

<sup>133</sup> Cavalcanti lamentou-se, “*A Constituição de 1934 não inovou muito a respeito e, desprezando algumas sugestões do anteprojeto elaborado pela Comissão do Itamaraty [...]. É lamentável que o processo constitucional não tivesse prosperado, pois prometia uma transformação necessária da estrutura constitucional e inovações talvez bastante profundas em nosso sistema constitucional, abrindo boas perspectivas à especialização no campo do direito administrativo*”. (1982, p. 116-117)

<sup>134</sup> Vale destacar o parecer do autor quando consultado sobre a competência do Tribunal de Contas para efetuar o controle de constitucionalidade (CAVALCANTI, 1946a; 1946b). Segundo Cavalcanti a declaração da inconstitucionalidade de uma lei era prerrogativa do Judiciário, mas em homenagem ao princípio da hierarquia das normas, a administração e a Corte de Contas poderia “*aplicar o preceito constitucional, auto-executável, desprezando a lei ordinária que o contrariasse. [...] por conseguinte, aquêle que tem a responsabilidade de aplicar a lei, aplica a maior na hierarquia das normas. [...] ao apreciar os atos sujeitos ao seu julgamento, nada impede que o Tribunal de Contas examine a validade e a eficácia das leis e dos atos administrativos perante a Constituição, deixe de aplicá-los quando manifesta a inconstitucionalidade*” (1966, p. 178; 179). Em 1963 foi aprovada a súmula

Também merece destaque a proposta contida no anteprojeto da comissão, prevendo uma espécie de “*decadência*” da declaração de inconstitucionalidade. Para evitar a declaração de inconstitucionalidade de uma lei que durante muitos anos foi aplicada sem qualquer questionamento, cogitou-se do prazo de cinco anos para o ajuizamento da ação, contados do início da vigência do ato: “*o tempo ratificando, dando valor ao dispositivo legal, tal como nos casos de prescrição aquisitiva ou extintiva, reconhecendo a legitimidade do facto incontestado.*” (1933, p. 123)<sup>135</sup>

No primeiro volume da obra *Instituições de Direito Administrativo Brasileiro* (1938a), Cavalcanti enfrentou o tema da separação de poderes, para ele um princípio fundamental das modernas organizações políticas.<sup>136</sup>

Para ela, tal doutrina teria sido primeiramente teorizada por John Locke, recebendo forma definitiva com Montesquieu. Ambos teriam partido da realidade das instituições inglesas. As Constituições do século XIX inspiraram-se nessa doutrina, porém, “*deante das modernas idéas políticas*”, havia que se fazer uma flexibilização, sobretudo em regimes presidencialistas. (1938a, p. 274)

A “*expressão política moderna*” da doutrina da separação de poderes não consistiria em uma seguimentação funcional estanque, mas em um “*systema de cooperação dos diversos poderes, para realizar as finalidades do Estado*”. Inclusive, para o melhor funcionamento dos serviços públicos, exigir-se-ia a “*absorção do poder mais fraco pelo mais forte, levando a estabelecer uma simplificação dos poderes.*”

---

347 do STF (“*O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público*”). No acórdão de referência (RMS 8.372), o Ministro relator Pedro Chaves fez constar: “*há que se distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do Estado*”. <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=108082>>, acesso em 14.06.2015.

<sup>135</sup> Sobre o tema, agora na década de 60, “*Deve-se evitar a declaração de inconstitucionalidade de uma lei diuturnamente aplicada, sem contestação perante os tribunais. [...] Repugna, sem dúvida, declarar contrária à Constituição uma lei aplicada, sem contestação, e integrada em nosso sistema jurídico, tendo produzido, durante largo tempo, efeitos jurídicos*”. (1966, p. 87)

<sup>136</sup> Importante repisar que essa obra, muito embora do ano de 1938, foi redigida sob a vigência da Constituição de 1934.

(1938a, p. 273). Quanto à posição do Poder Executivo nesse esquema “cooperativo”:

[...] systema geralmente admittido pelos autores, para distribuir as funções do Estado entre as três formas de actividade, consideradas especificas a cada um dos poderes. Não importam entretanto, em reconhecer, em cada um delles, sómente essa função, [...] Ao Poder Executivo, não cabe sómente administrar, em seu sentido restricto. Da maior importância é a acção política do Governo, a quem cabe, igualmente, dentro de suas funções regulamentares, exercer uma actividade legislativa, por vezes preponderante. (1938a, pp. 276-277)

Mantendo a máxima de que o século XIX foi o dos parlamentos e o XX era o do Executivo (1938a, p. 355),<sup>137</sup> Cavalcanti dedica maiores esforços na definição deste último. Algumas anotações sobre o Legislativo, porém, são dignas de registro.

Quanto ao Legislativo, o autor mantém sua visão corporativista de outrora. Na moderna legislação, o aperfeiçoamento político transferiu a função legislativa da “massa” a um órgão delegado por ela, eis que a legislação passou a ser fundamentalmente uma decisão técnica.<sup>138</sup> Dessa forma, as “*assembléas populares*” que constituíam os parlamentos no século passado deveriam dar lugar às novas representações corporativas e das profissões organizadas.<sup>139</sup>

Nessa perspectiva, para o jurista o sistema corporativo seria a representação política da divisão social do trabalho fomentando a solidariedade social, essencial à existência do Estado. Isso daria um novo significado ao Legislativo. Inclusive, como visto, seria a resposta política para lidar com a inevitável luta de classes.

---

<sup>137</sup> Partindo desse raciocínio, ante o crescimento das demandas judiciais e o protagonismo político dos tribunais, sobretudo dos superiores, talvez o século XXI seja o do Poder Judiciário. Mas essa é uma problemática que transcende os limites da pesquisa.

<sup>138</sup> Tal tema remete aos debates na Comissão do Itamaraty acerca dos conselhos técnicos, Cavalcanti se mostrou favorável a esses órgãos, propondo dar-lhes, inclusive, o poder de iniciativa das leis (MENDONÇA AZEVEDO, 2004, pp. 69; 71; 218).

<sup>139</sup> Nesse ponto, o autor relembra que, na Comissão do Itamaraty, ele, Oliveira Vianna e outros, foram defensores desse tipo de representação, o que de fato se comprova ao se analisar as atas da referida comissão.

Quanto ao Poder Executivo, o usual sentido de “*executor das leis*” deveria ser revisto “*dentro de um conceito largo*” que enfrentasse a amplitude das funções políticas e administrativas, sobretudo ante a “*ampliação dos limites da intervenção do Estado*”. Modernamente o Executivo passava por um fortalecimento, uma “*hypertrophia*”. Natural nas ditaduras, tal fenômeno também se apresentava como uma tendência irreprimível, tanto em países presidencialistas como parlamentaristas. Essa tendência, entre outros aspectos, conduzia a um aumento das delegações legislativas ao Executivo, que era o “*órgão por excelência da administração*.” (1938a, p. 356)

Como tratado anteriormente, a função normativa não se esgotava na lei, que deveria traçar apenas as “*diretrizes geraes, as grandes normas*”. O momento era de “*racionalisação das actividades legislativas*”, havendo um “*determinismo irresistível*” que por sua vez levara à “*confusão dos poderes*”. Em sendo assim, o Legislativo deveria evoluir para um modelo “*mais técnico, menos político, mais pratico, menos ideológico*”. (1938a, p. 356)

Essa “confusão” justificaria o compartilhamento com o Executivo de funções anteriormente exclusivas do Legislativo, ou seja, novos meios serviriam para se atingir os novos fins. Para tanto, o jurista relacionava democracia, bem-estar social e fortalecimento/aparelhamento do Executivo. Para ele, o conceito moderno de democracia era mais que a participação na obra legislativa e repousava também em outra finalidade: na “*melhoria das condições economicas das massas. [...] melhoria do bem estar coletivo*”.<sup>140</sup> O novo conceito de democracia exigia uma reforma do Estado, em especial no Legislativo já que essa finalidade social da democracia seria efetivada pela administração, que era a seu ver o Executivo. (1936, p. 357)

Os desafios da época eram mais técnicos do que políticos, mais administrativos do que parlamentares, logo, as preocupações deveriam se voltar a esse poder essencialmente técnico, que era o Executivo. Ele deveria ser o centro de gravidade no arranjo institucional do século XX, já que era preferível um Legislativo “*anarchico*” a um Executivo “*inefficiente*”. “*O legislativo inerte ou anarchico é um elemento perturbador da paz social, mas o executivo inefficiente e incapaz é a ruína do Estado e da administração*.” (1938a, p. 357)

---

<sup>140</sup> O jurista Francisco Campos falava de uma democracia substancial (*vide capítulo 2*).

[...] no systema actual intervencionista, o Estado precisa ter um Executivo reforçado e responsável. Sem poder, não há technica efficiente, e sem technica não pôde existir administração. Não há technica efficiente sem autonomia e sem autoridade. A natureza do Poder Executivo como órgão político não interessa á nossa finalidade. (1938a, p. 357)

Essa ênfase no Executivo redundava no reforço da autoridade de seu chefe. Nesse ponto, Cavalcanti descreve os exemplos da Itália e da Alemanha, mas sem apresentar em nenhum momento uma crítica àqueles governos. Sobre o Duce, anotava que “*concentra em suas mãos o poder executivo e legislativo. Mas essa ultima função elle a exerce por delegação do Parlamento.*” (1938a, p. 359). Assim descreve o Führer: “*nem um dictador, nem um representante do povo, nem um orgao do Estado – o seu poder é totalitario, na ordem politica e administrativa; tem o monopolio político, que absorve todas as funcções do Estado*”. (1938a, p. 360)<sup>141</sup>

De forma sutil, o autor se preocupa em afirmar que o sistema brasileiro não era fascista ou nazista, já que, no Brasil, o Executivo não tinha tal superioridade sobre os demais poderes, dependendo, inclusive, muitas vezes do Legislativo e era controlado pelo Judiciário. Porém, o jurista enfatiza “*as tendencias modernas*” de reforço da autoridade do chefe do Estado, verificadas “*pela multiplicidade de dictaduras que se foram formando depois da guerra*” (1938a, p. 361). Termina o capítulo apresentando uma sugestiva conclusão:

Não escapamos aos imperativos da transformação constitucional por que vêm passando a maioria dos Estados, embora tivéssemos, desde 1891, um regimen em que a autoridade do Presidente da República podia ser definida como a de uma verdadeira dictadura republicana. (1938a, p. 361)<sup>142</sup>

---

<sup>141</sup> Quanto ao modelo fascista, Cavalcanti se baseia em D'Alessio e quanto ao nazista em Roger Bonnard (*Le droit e l'État dans la doctrine nationale socialiste*).

<sup>142</sup> O trecho parece naturalizar a ditadura como forma de governo praticada no Brasil de longa data e cujos imperativos de transformação constitucional não eram uma novidade para nós. É difícil valorar essa conclusão, porém, analisada em conjunto com o capítulo é possível sugerir que o autor vislumbrava possibilidades de uma ditadura no país. A ideia central do capítulo é o

Tratando dos atos do Presidente da República, Cavalcanti dedica um capítulo para o decreto-lei. Relembre-se que o livro ora em análise (1938a), muito embora publicado em 1938, foi redigido antes da Carta de 37. Convém mencionar que a Constituição de 1934 não previa o decreto-lei, portanto é curioso o autor ter incluído esse tema em sua obra,<sup>143</sup> tratando-o em um tom “naturalizador”. Em geral, o texto de Cavalcanti é cuidadoso, prima pela objetividade e pela descrição. Porém, na parte sobre o decreto-lei, o texto claramente legitima o uso do instituto, para ele uma “*função normal que decorre da própria Constituição*” - mesmo sem previsão na Constituição de 1934 - e podia ser encontrado em diversos países. (1938a, p. 388)

---

fortalecimento do Executivo e em nenhuma ocasião Cavalcanti faz um juízo negativo (nem positivo, deve-se registrar) sobre as ditaduras ou mesmo sobre as figuras do Duce e do Führer. Porém, espriado pelo texto, em diferentes momentos enfatiza a tendência moderna em fortalecer o Executivo e seu chefe. “*Nos governos dictatoriaes, é, naturalmente, a hypertrofia, da essência do systema. Nos regimes constitucionaes, o fortalecimento do executivo é uma tendencia irreprimível, [...] A tendencia moderna, mesmo no regimen parlamentar, é para fortalecer a pessoa do Chefe do Estado. [...] Esta forma contradiz as tendencias modernas de reforço da autoridade do Chefe do Estado, [...]*”. (1938i, p. 355, 358, 361). Importante mencionar que nos anos de 1936, 1937 e 1938 (datas prováveis em que Cavalcanti escreveu essa obra) o contexto europeu, sobretudo na Itália e na Alemanha, era delicado. No entanto, o segundo conflito mundial ainda não havia eclodido e o Brasil atravessava um período delicado onde não era aconselhável um claro posicionamento político, assim sendo, a postura “isenta” e “objetiva”, porém aberta e facilmente adaptável de Cavalcanti, era uma boa estratégia. A partir desse texto não é possível acusá-lo de fascista ou nazista, tampouco afirmar que ele era contra esses regimes.

<sup>143</sup> O decreto-lei veio a ter previsão na Carta de 1937 (“*Art 12 - O Presidente da República pode ser autorizado pelo Parlamento a expedir decretos-leis, mediante as condições e nos limites fixados pelo ato de autorização.*”), porém, como se sabe, nos seus dispositivos finais ela dissolveu o legislativo nacional concedendo plenos poderes ao Presidente da República (“*Art 178 - São dissolvidos nesta data a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Assembléias Legislativas dos Estados e as Câmaras Municipais. As eleições ao Parlamento nacional serão marcadas pelo Presidente da República, depois de realizado o plebiscito a que se refere o art. 187. Art 180 - Enquanto não se reunir o Parlamento nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União. Art 186 - É declarado em todo o País o estado de emergência.*”).

Portanto, antes da constitucionalização do decreto-lei, Cavalcanti já tinha ofertado uma doutrina do decreto-lei.

Segundo Cavalcanti, os decretos-leis eram atos do Poder Executivo, mas constituíam verdadeiras leis em razão de uma justificada “*deformação de princípios*” (1938a, p. 292).<sup>144</sup> Eram, em verdade, atos decorrentes de delegação legislativa ante as exigências técnicas, as contingências políticas e as urgências econômicas e sociais do “mundo moderno”.

Na elaboração legislativa, predomina, hoje, a preocupação técnica especializada. Necessidades políticas de momento têm levado a prática dos regimes até à delegação das funções puramente legislativas ao Poder Executivo, que os exercita por meio de decretos leis. Há, evidentemente, aqui, uma deformação de princípios, justificada, talvez, por imposições decorrentes de situações econômicas e problemas sociais que exigem maior presteza na fixação da norma legal, presteza que se não pode encontrar quando a elaboração legislativa acha-se subordinada aos transmisses (sic) regimentais a que devem obedecer as Câmaras legislativas. (CAVALCANTI, 1938a, p. 292)

O autor distingue os decretos-leis expedidos em governos de fato e em regimes constitucionais.

Quanto aos primeiros, ocorrem pela ação discricionária das ditaduras impostas pelas revoluções e que substituem os parlamentos. Tratava-se de uma técnica comum a todos os países que atravessaram ditaduras, inclusive o Brasil. Tais atos não estavam sujeitos a posterior aprovação perante a nova ordem constitucional e se furtavam à análise da legalidade, pois seus fundamentos repousavam na “*necessidade imposta pelos fins da revolução e pela premência de situações criadas pelo próprio regime discricionário*”. (1938a, p. 383)<sup>145</sup>

---

<sup>144</sup> Citando Roger Bonnard (*Précis de Droit Administratif*), os decretos-leis são “*regulamentos que têm as qualidades de actos legislativos, [...] são tidos como praticados pelo Parlamento*”. (1938a, p. 380)

<sup>145</sup> Cita o caso brasileiro da Revolução de 1930, o Decreto n.º 19.398/30 e o artigo 18 das Disposições Transitórias da Constituição de 1934, este último aprovando os atos do governo provisório, excluindo eles e seus efeitos de apreciação judicial.



Já aqueles editados em regimes constitucionais, eram delegações legislativas *“impostas pela necessidade e interesse publico, atendendo a condições particulares de urgência, incompatíveis com a elaboração normal da lei pelo Parlamento.”* (1938a, p. 385)

Em seu estilo característico, o autor descreve alguns exemplos estrangeiros a respeito dos decretos-leis. Quanto à hipótese francesa, tais decretos decorriam da *“necessidade de legislar sobre certos assumptos com muita rapidez, e evitar a publicidade de certos debates que interessavam á defeza nacional”* (BONNARD apud CAVALCANTI 1938a, p. 385), e foram usados durante e depois da guerra. Eram leis de *“plenos poderes”*, que, com a evolução legislativa na França, foram ganhando limites temporais e materiais, e deveriam passar por ratificação posterior do parlamento.

Quanto à Itália, antes de 1926 não havia a regulamentação da *“lei de plenos poderes”* (*“ordinanze di urgenza”*) e durante a I Guerra Mundial teria havido um *“regimen quase normal”* (1938i, p. 387). Posteriormente o tema ganhou regulamentação permitindo ao Rei, depois de prévia deliberação do Conselho de Ministros, *“expedir normas com força de lei, nos casos extraordinários de urgência e absoluta necessidade”* (1938a, p. 387). Entretanto, também deveriam se submeter à posterior análise parlamentar, *“dentro de certo prazo, para a sua ratificação, sob pena de caducidade”*. (1938a, p. 388)

Além da França e da Itália, cita a Tchecoslováquia, a Alemanha e a Polônia. *“A Polônia tem uma disposição mais typica, creada pela lei constitucional de 2 de agosto de 1926. Permite ao Presidente, em caso de imperiosa necessidade, a expedição de regulamentos com força de lei. Não exige a ratificação pelas Camaras.”* (1938a, p. 388)

A Alemanha figura como um exemplo peculiar, já que naquele país a técnica do decreto-lei ocorreu *“mesmo depois da Constituição e contra o espírito da mesma”*. Cavalcanti toma o cuidado de citar três doutrinadores daquele país que advertiam que os decretos-leis não tinham fundamento constitucional (Fritz Fleiner, Heinrich Triepel e Carl Bilfinger), mas mesmo assim teriam sido editados mais de 60, tratando dos mais diversos temas. O *Reichstag* transferiu sua competência ao Executivo *“autorizando-o a tomar as medidas necessárias e urgentes para pôr termo á miséria do povo e do Reich”* (1938i, p. 389). Ou seja, uma prática que poderia ser tomada havendo necessidade e urgência, mesmo à margem da Constituição.

O poder regulamentar da administração pública é tratado por Cavalcanti em um capítulo pouco claro (Capítulo IV, Título III, 1938a), o que parece demonstrar a dificuldade conceitual em reler o tema do

poder normativo do Executivo. Não obstante, é possível deduzir que havia duas maneiras diversas de estudar o poder regulamentar: a “tradicional” e a “moderna”.

A primeira concebia o poder regulamentar como uma atividade tipicamente administrativa, voltada exclusivamente à definição de critérios administrativos para a fiel execução das leis, possuindo, portanto, um viés liberal de contenção da atividade administrativa. “*Do princípio geral da separação dos Poderes infere-se a verdadeira natureza do poder regulamentar. [...] compete estabelecer as condições em que a lei deve ser executada*” (CAVALCANTI, 1938a, p. 390). O autor cita a doutrina de Pimenta Bueno, enumerando uma série de cautelas para evitar os “*excessos na elaboração dos regulamentos*” (1938a, p. 391).<sup>146</sup> Arrematando com Esmein:

E’ esta em sua pureza primitiva a these sobre o poder regulamentar. “Le reglement, diz Esmein, est, em effet, simplement une prescription... qui a pour but d’assurer l’ execution de la loi en completant dans les details mais sans pouvoir en charger ou modifier ni le texte ni l’esprit. Fora dahi nao admite a doutrina tradicional (apud CAVALCANTI, 1938a, p. 392).<sup>147</sup>

Porém, essa não era a “*única forma por que se apresenta o poder regulamentar*” e “*Naturalmente que este poder está sujeito a modificações inherentes ao regimen político vigente*” (CAVALCANTI, 1938a, pp. 390; 391). Nesse momento o autor cita o modo diferente com que Carlos Maximiliano tinha enfrentado o tema, vendo o poder regulamentar decorrer de uma delegação legislativa.<sup>148</sup>

---

<sup>146</sup> Tais como a vedação em criar, ampliar, restringir e modificar direitos e impor obrigações, sob pena de “*usurpação do poder legislativo*”. Também não seria lícito suprir a lacunas da lei, “*mormente em direito privado*.” (1938a, p. 391)

<sup>147</sup> (“O regulamento é, com efeito, simplesmente uma prescrição... que tem por objetivo assegurar a completa execução da lei em seus detalhes, porém sem poder mudar ou modificar nem seu texto nem seu espírito” – Tradução livre).

<sup>148</sup> Existia a discussão a respeito da natureza jurídica do poder regulamentar, se era uma delegação legislativa ou um poder administrativo típico (*vide a parte sobre Victor Nunes Leal, capítulo 2*).

Em sendo assim, Cavalcanti aproveita a deixa e desvia a discussão para um tema que lhe era muito caro, qual seja, as delegações legislativas. Questiona:

*“Discute-se a questão de saber si o facto de autorizar o Poder Legislativo a organização de serviços pelo Poder Executivos (sic) importa em uma delegação legislativa prohibida. [...] Haverá, no entretanto, na autorização dada pelas Camaras ao poder executivo para regulamentar determinado serviço, uma delegação legislativa? [...] O estudo da natureza juridica dos regulamentos leva-nos a examinar outra questão de alta relevância, a da delegação legislativa, questão que implica no excesso da extensão do poder regulamentar.”* (1938a, p. 393)

Segundo o autor, *“A theoria da delegação legislativa para os regulamentos da administração publica tem os seus defensores e se nos afigura a mais consentanea com a realidade.”* (CAVALCANTI, 1938a, p. 395). Porém, essa categórica afirmação não impediu que em outro ponto da mesma obra o jurista se manifestasse de forma contrária: *“A função regulamentar é tipicamente executiva, por isso mesmo que os regulamentos acham-se subordinados á lei, cuja execução devem prover.”* (CAVALCANTI, 1938a, p. 364)

O que parece - mas isso não fica claro no texto de Cavalcanti - é que o autor pretendia rever o conceito de poder regulamentar quando se tratasse de organização da administração pública e dos serviços públicos. Nessas hipóteses haveria uma delegação ou autorização legislativa de maneira mais ampla.

Doravante o jurista se esforça em legitimar a ampliação do poder regulamentar, sobretudo quando se trataria de organizar os serviços públicos, fornecendo um relevante suporte jurídico ao projeto de reforma da administração pública. Tal reforma deveria ser feita mais pelo decreto do que pela lei; na prática, com a Carta que viria em seguida, deu-se pelo decreto-lei.

Apesar da doutrina tradicional entender que a natureza do poder regulamentar era tipicamente administrativa, tratando-se de um ato administrativo que decorria implicitamente da competência de governar, a doutrina “moderna”, mais *“consentânea com a realidade”*, vinha adotando a teoria da delegação legislativa (CAVALCANTI, 1938a, p. 395).

O facto é que o poder executivo exerce uma função regulamentar ampla e cada vez maior, como vimos ao examinar os decretos leis. [...] Fritz Fleiner, dos autores modernos é quem expõe a melhor doutrina, a respeito das delegações legislativas, isto é, aquella mais conforme com a realidade: Diz elle: “O legislador pode confiar a missão de crear o direito ás autoridades administrativas. Elle transfere, assim, a esses órgãos, funcções de legislação. “A regularidade de semelhante habilitação (delegação) não pode mais hoje ser posta em duvida e na pratica do Imperio (sic) e das Províncias em particular, desde a guerra mundial, o poder regulamentar das autoridades administrativas adquirio uma importancia que excede de muito, quanto á sua extensão, a da própria legislação. (CAVALCANTI, 1938a, p. 396)

Na Constituição de Weimar fora prevista essa delegação legislativa do poder regulamentar.<sup>149</sup> Já no caso dos Estados Unidos, a doutrina tradicional contrária às delegações legislativas, bem como as declarações de inconstitucionalidade dos tribunais, não lograram impedir a sua adoção “*sob formas mais ou menos veladas*” (1938a, p. 397).<sup>150</sup> Na Itália o poder regulamentar era amplo e as delegações legislativas eram admitidas sem grandes restrições.

No Brasil, o poder regulamentar já estava previsto desde a Constituição de 1891, suscitando intensos debates.<sup>151</sup> Em defesa da

---

<sup>149</sup> Art. 77 – Os regulamentos necessários para a execução das leis do Reich (Estado) são editados, salvo disposição contrária as leis, pelo governo do Reich.

<sup>150</sup> “*Nos Estados Unidos a doutrina já hoje não tem a mesma rigidez primitiva. As lutas sociaes, as necessidades económicas, a crise, levaram a racionalização do poder publico a extremos, e entre as novas medidas impostas pelo interesse publico está a delegação legislativa, sob formas mais ou menos veladas. [...] A Presidencia Roosevelt (F.C.), de resurgimento dos Estados Unidos (New Deal) obrigou o Congresso americano a fornecer largos elementos e attribuições ao Presidente Americano para realizar a sua grande obra de renovação economica. A delegação legislativa, a permissão ampla para a regulamentação dos serviços publicos e a organização da industria daquelle paiz, encontram-se em todas aquellas leis.*” (CAVALCANTI, 1938a, p. 398)

<sup>151</sup> Na Constituição de 1934 (“Art. 56 - *Compete privativamente ao Presidente da República: §1º) sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, e expedir*

maior amplitude do poder regulamentar e sabedor de que a Constituição de 1934 – em que foi vencido na Comissão do Itamaraty - tinha acolhido a tese da impossibilidade das delegações de funções entre os poderes, Cavalcanti sutilmente troca o termo delegação por “*autorização*”,<sup>152</sup> “*O que se discutem porém, no nosso direito, não é a legitimidade ou constitucionalidade das delegações legislativas, mas das autorizações concedidas em forma mais ou menos ampla*” (1938a, p. 399).<sup>153</sup> Essa imprecisão terminológica retrata, mais uma vez, a dificuldade conceitual relacionada ao assunto.

Não obstante a proibição constitucional das delegações legislativas, as “*autorizações*” tinham se tornado tradição no Brasil; a despeito das críticas feitas pela doutrina tradicional (Pimenta Bueno, João Barbalho e Carlos Maximiliano) e os entendimentos dos tribunais, elas foram se tornando uma prática no país.

Este é o ponto interessante do assumpto, dados os nossos precedentes e a tolerância até hoje reconhecida em taes autorizações, que, muitas vezes, são verdadeiras delegações de funções privativas do Congresso Nacional. O facto é que a pratica tem admittido grande numero de autorisações legislativas para organização e regulamentação dos mais importantes serviços públicos. (1938a, p. 400)

---

*decretos e regulamentos para a sua fiel execução; [...] Art. 60 - Além das atribuições que a lei ordinária fixar, competirá aos Ministros: [...] b) expedir instruções para a boa execução das leis e regulamentos; [...] Art. 91 - Compete ao Senado Federal: [...] II - examinar, em confronto com as respectivas leis, os regulamentos expedidos pelo Poder Executivo, e suspender a execução dos dispositivos ilegais;”).* O primeiro dispositivo tinha precedente muito parecido na Constituição de 1891 (“*Art. 48 - Compete privativamente ao Presidente da República: 1º) sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e resoluções do Congresso; expedir decretos, instruções e regulamentos para sua fiel execução;”).*

<sup>152</sup> Da mesma forma, o italiano Renato Alessi, quando trata dos regulamentos, substitui o conceito de delegação legislativa por “*atribuição de poder normativo*”. (apud GRAU, 2011, p. 244)

<sup>153</sup> “*A primeira hipótese, até à Constituição de 1937, estava fora de cogitação por manifesta inconstitucionalidade*” (CAVALCANTI, 1942, p. 303). Na mesma obra, tratando dos regulamentos, o autor chama as autorizações de “*transferências*” legislativas.

Inclusive, para justificar essa prática constitucional à margem da Constituição de 1934, estrategicamente transcreve o liberal Ruy Barbosa:

*“E, bem que entre nós varios theorists do regimen imperial inspirando-se no exemplo da Inglaterra, hoje por ella refugado, e na tradição inscientifica da separação absoluta dos poderes, organicamente inconciliavel com a physiologia do principio parlamentar, averbassem de inconstitucionaes as delegações legislativas, o certo é que os grandes expositores do direito administrativo em sua mais alta expressão actual lhes tem comprovado juridicamente a legitimidade, e que sob o Imperio, no Brasil, o uso da faculdade regulamentar delegado, pela sua continuidade e pela sua amplitude, constituiu um verdadeiro direito consuetudinario, cuja autoridade só negará quem desconheça a verdade, já agora elementar na sciencia política, de que as Constituições escriptas, ainda quando presumam da rigidez inculcada no tocante à americana, são dominadas, amoldadas e transformadas pelas Constituições não escriptas, que a evolução da vida real lhes impõe.”* (apud CAVALCANTI, 1938a, p. 393)

Por que Cavalcanti prefere tratar o poder regulamentar como uma delegação legislativa e não como, na doutrina tradicional, uma competência típica do executivo? Usar autores “modernos” era uma forma de romper com a “tradição” e sofisticar o argumento. Além, disso tratado-o como um poder administrativo, ficaria circunscrito aos estreitos limites do ato administrativo. Já enquanto delegação legislativa, tal poder adquiria maior carga de legitimidade, promovendo a autonomia do Executivo, sem parecer quebrar a separação de poderes. Com isso poderia ser ampliado na medida das necessidades, em especial tratando-se de regulação dos serviços públicos.

Ademais, como já mencionado, conceber o poder regulamentar como uma delegação/autorização legislativa era também alargar seus limites, algo necessário para a reformulação da administração pública e dos serviços públicos. Dessa forma, tal reformulação seria feita pelo poder “mais tecnicamente preparado”, o Executivo.

Enquanto delegação legislativa (expressa ou implícita), o poder regulamentar estaria dotado de maior flexibilidade e seus atos seriam

“quase legislativos”. Isso era essencial, já que a reforma do Estado e da economia seria protagonizada pelo Executivo, não à revelia do Legislativo, mas sob sua delegação/autorização.<sup>154</sup>

Cavalcanti, de longa data, mostrava-se simpático às delegações legislativas, tendo inclusive proposto na Comissão do Itamaraty emenda nesse sentido. A emenda foi rejeitada e no texto constitucional não houve previsão das delegações. O debate na comissão merece transcrição. Além do argumento usual “usual” do melhor preparo técnico do Executivo em determinadas questões, chama a atenção a forma com que o autor defende a manutenção/recepção de um costume inconstitucional.

O sr. Themistocles Cavalcanti tem uma emenda a respeito da delegação de poderes. Como é uma questão debatida, julga necessário ser repetido pela Constituição. Manifesta-se favorável á delegação, desde que seja expressa e limitada. **E’ uma pratica do regimen republicano brasileiro, embora inconstitucional, que deve ser mantida, porque ha momento em que o Poder Executivo está mais habilitado do que o Congresso para fazer uma lei especial e pô-la em execução.** Propõe, em conclusão, a seguinte emenda: “Art. – A Assembléa Nacional poderá excepcionalmente delegar ao Poder Executivo algumas attribuições de caracter legislativo. Taes delegações, porem, serão expressas e limitadas”. O sr. João Mangabeira diz que, estabelecido esse principio, a Assembléa não legislará mais. Pensa de modo contrário: a Assembléa em caso algum deve delegar suas attribuições legislativas. O sr. Themistocles Cavalcanti pondera que muitas vezes esta o Executivo mais habituado a legislar, como por exemplo sobre defesa nacional, do que o Legislativo. [...] O sr. Agenor de Roure julga que o Poder Legislativo não pode delegar suas attribuições privativas. Por isso

---

<sup>154</sup> Essa perspectiva será notada mais nitidamente nos textos posteriores à Carta de 1937, nos quais o autor falara de uma tendência moderna em “*estender o poder regulamentar, mesmo como modalidade da delegação legislativa*” e da competência delegada às autoridades administrativas e/ou comissões administrativas na elaboração de “*normas quase legislativas*”. (CAVALCANTI, 1945a, p. 43)

mesmo é que existe a separação dos poderes Executivo e Legislativo. [...] O sr. *Carlos Maximilliano* concorda em these com o sr. Themistocles Cavalcanti, mas acha muito ampla a medida. A delegação poderia ser feita, mas dentro de certos limites e sobre determinados assuntos. Reconhece que o que há de melhor no Brasil foi feito dessa maneira. Não quer, porém, que se diga assim, abertamente. [...] O sr. *Oliveira Vianna* vota pela emenda do sr. Themistocles Cavalcanti (apud MENDONÇA AZEVEDO, 2004, p. 192-193) (*grifo acrescentado*)

Por fim, cumpre analisar a obra de 1942 (*Tratado de Direito Administrativo*, Vol. I), na qual Cavalcanti também lida com o poder regulamentar. A obra foi escrita sob a égide da Carta de 1937, em essência o jurista mantém o mesmo texto da obra pretérita (1938a), escrita ainda sob a vigência da Constituição de 1934, porém termina o capítulo dizendo que a Carta de 1937 tinha posto fim ao debate em torno das delegações legislativas, relegando-o ao diletantismo doutrinário. No novo regime não havia espaço para se questionar a legitimidade das delegações: aquele “*vetusto*” princípio que as vedava fora “*revogado pelo silêncio da Constituição*”.<sup>155</sup> (CAVALCANTI, 1942, p. 282)

A Carta outorgada, assim, tinha acertado nos fins e nos meios, concebendo uma “*nova technica legislativa*”, na qual o Legislativo teria uma “*função puramente normativa*” ao definir os “*princípios geraes, as directivas, a substancia, o conteúdo material das leis*”, deixando ao Executivo a definição dos detalhes normativos, da parte “*adjetiva da lei*” através dos regulamentos complementares. (CAVALCANTI, 1938b, p. XXI)

---

<sup>155</sup> “A nossa Constituição de 1937 modificou, em sua essência, o regime anterior da proibição de delegações, permitindo expressamente o exercício pelo Poder Executivo de funções delegadas do Poder Legislativo, bem como o exercício pleno da função por meio da expedição de decretos-leis. [...] O debate em torno das delegações legislativas tem, atualmente, interesse apenas doutrinário. A natureza da função exercida hoje pelo Presidente da República, nos termos da Constituição de 1937, já não permite a aplicação de um princípio que, além de revogado pelo silêncio da Constituição não teria cabimento no sistema constitucional vigente.” (CAVALCANTI, 1942, pp. 282; 304)



### 3.2.2. Período de 1937 a 1946

Convém, agora, analisar o tema a partir das fontes publicadas durante o Estado Novo.<sup>156</sup> As principais obras do autor nesse período são a segunda edição do segundo volume das *Instituições de Direito Administrativo Brasileiro* (1938b), a tradução da obra *Syndicalismo, Corporativismo e Estado Corporativo* (1938c) de Roger Bonnard, o *Tratado de Direito Administrativo*, volume 1 (1942) e os textos *Tendências modernas do direito administrativo* (1943b) e *O Estado, a administração e os serviços públicos no mundo democrático* (1943c).

No segundo volume das *Instituições* (1938b) não existem capítulos que aprofundem diretamente o tema ora analisado (poder normativo da administração pública), porém, a introdução da obra (“*O direito administrativo e a Carta constitucional de 1937*”) traz elementos sobre o assunto.<sup>157</sup>

Nas páginas introdutórias, Cavalcanti trata do novo momento constitucional e sua relação com o direito administrativo, pontuando questões administrativas e constitucionais e tecendo elogios à nova Carta. O tema adquire maior relevância se levarmos em consideração que Cavalcanti fez parte da Comissão do Itamaraty e considerava a Constituição de 1934, não obstante seus defeitos, adequada ao país (CAVALCANTI, 1933, *passim*). Outrossim, em entrevista na década de 70 (vide anexo) o jurista disse considerar a Constituição de 1934 como a melhor que o país tinha experimentado.

A entusiasmada introdução do segundo volume das *Instituições* representa uma ruptura com a Constituição de 1934. No entanto, é possível notar pontos de continuidade no pensamento do autor, haja vista aquilo que fora exposto na obra *À margem do ante-projeto constitucional* (1933) e no primeiro volume das *Instituições de direito*

---

<sup>156</sup> Sobre o Estado Novo e o trabalho intelectual na construção do seu imaginário, vide Losso, 2006.

<sup>157</sup> “*Achava-se no prelo este segundo volume, quando o Presidente da Republica, tendo em vista interesses considerados prementes do regimen, outorgou ao paiz uma carta Constitucional que veio modificar grandemente a sua estrutura política. [...] julgamos fundamental para o estudo do direito administrativo, um exame mais apurado de nossa estrutura Constitucional, dentro da qual se devem desenvolver e movimentar as instituições administrativas do paiz. [...] Vamos, nesta introdução, pôr em dia o nosso trabalho, trazendo um complemento ao nosso estudo, com um apreciação geral sobre a Carta Constitucional outorgada em 10 de Novembro.*” (CAVALCANTI, 1938b, p. V; VI)

*administrativo* (1938a). Temas que foram readaptados às novas circunstâncias e alguns assuntos silenciados.

A introdução do segundo volume das *Instituições* (1938b) consiste ora em um resgate ora em uma adaptação do escrito de 1933, inclusive Cavalcanti transcreve alguns excertos dessa obra. Em alguns momentos o autor justifica sua faceta “modernizante”, ou seja, coerente com a Carta de 37 já em 1933; em outros momentos o jurista simplesmente acaba por contrariar alguns de seus argumentos de outrora (sem qualquer nova fundamentação) e, às vezes, prefere o silêncio.

Como visto, a obra de 1933, segundo o autor, não era um trabalho doutrinário. Entretanto, muito embora algumas propostas que ele sustentava não tivessem sido aceitas pela Comissão do Itamaraty, o autor transmite nesse texto a ideia de que o projeto de 1934 era o melhor para o país. A partir da análise geral do trabalho é possível concluir que Cavalcanti saúda a Constituição de 16 de julho (Constituição de 1934), para ele um projeto político de notável evolução institucional e política.

Em 1938, o autor teve a oportunidade ímpar de inaugurar a segunda edição do segundo volume de sua obra doutrinária, fazendo uma crítica ao golpe constitucional (Carta de 1937), mas, pelo contrário, ofertou um escrito legitimador.<sup>158</sup> Por que Cavalcanti optou pela postura legitimatória? Será que a Carta de 1937, nas “*questões fundamentais*”, não teria o condão de romper com a Constituição de 1934? Será que a nova situação de fato justificaria aquela ruptura, portanto a Carta de 37 se legitimaria mais pelos seus fins do que pelos seus meios? Será que o projeto de 37 estava mais de acordo com as ideias que Cavalcanti defendeu na Comissão do Itamaraty? Ou será que ele não estava muito disposto a interromper uma carreira profissional em ascensão? Talvez estivesse sendo coerente com uma máxima deixada em sua obra de 1933, quando afirmou que “*Não há fórmulas políticas definitivas.*” (1933, p. 80)

Em síntese, analisando a referida introdução, é possível sustentar que, em alguns pontos, a Carta de 1937 materializou ideias que Cavalcanti defendeu na Comissão do Itamaraty, mas que haviam sido

---

<sup>158</sup> A Carta de 1937 não foi recepcionada passivamente por todos os juristas da época, existia uma corrente de crítica, portanto, o escrito de Cavalcanti corresponde a um manifesto claramente legitimatório. Inclusive, alguns juristas mantiveram a Constituição de 1934 como referência nas aulas de Direito Constitucional. Como exemplo, é possível citar o jurista Adolpho Bergamini que recomendou ao IAB (Instituto dos Advogados Brasileiros) que repudiasse o plebiscito previsto no artigo 187 da “Polaca”. (BERCOVICI, 2003, p. 230)

rejeitadas por seus pares. Já em outros pontos a Carta de 1937 vai de encontro ao que ele propunha em 1933. No primeiro caso, o autor usa o texto de 1933 para justificar seu “progressismo”; no segundo caso Themistocles prefere se adaptar (sem muitas justificativas teóricas) ou mesmo evitar o debate.

Que na introdução ao segundo volume das *Instituições* (1938b) Cavalcanti aderiu à Carta de 1937, isso parece óbvio. O interessante é analisar como o autor legitima seu posicionamento.

Cavalcanti legitima a Carta de 1937, entendendo que ela não teria, em essência, rompido com a Constituição de 1934, ou seja, a ideia política e econômica tinha permanecido, mas ganhara em primor técnico.<sup>159</sup> Portanto, a estratégia legitimadora do jurista foi por meio do argumento técnico, em outros termos, a vontade constituinte de 1934 tinha sido respeitada, somando-lhe uma “*techica nova, menos casuística [...] apresentando uma estrutura jurídica mais lógica*” (1938b, p. XXVII; VII). Com isso Cavalcanti anula o conteúdo político da constituição ao apagar da história o poder constituinte; a soberania passa a ser da constituição, de sua técnica e do chefe que a outorgou e não do povo.<sup>160</sup>

---

<sup>159</sup> Analisando as fontes do período, percebe-se que Cavalcanti, em nenhum momento, faz uma crítica à Carta de 1937. Todas as suas obras, conferências e artigos partem do pressuposto de uma verdadeira Constituição, plenamente válida. Porém, após o Estado Novo, a exemplo de Francisco Campos, Cavalcanti registrou que ela “*não chegou a ser posta em vigor*”. (CAVALCANTI, 1955d, p. 43)

<sup>160</sup> “*Nesta contraposição entre constitucionalismo e democracia, a questão central é a do poder constituinte. Tentar separar o conceito de constituição do conceito de poder constituinte, significa, para Palombella, excluir a origem popular da validade da constituição e esta validade é uma questão política, não exclusivamente jurídica. Para utilizar a expressão de Bockenforde, o poder constituinte é um “conceito limite” do direito constitucional. Não se trata de norma fundamental hipotética ou de direito natural, mas de uma força política real que fundamenta a normatividade da constituição, legitimando-a. [...] Afirmar a soberania da constituição é falsear a titularidade democrática da soberania, substituindo a soberania do povo pela soberania do direito. O princípio da soberania popular significa que a constituição é fruto da soberania, e não o contrário. Negar a soberania popular é separar a constituição da soberania, pretendendo um sistema jurídico autoregulado e partindo da visão do direito limitado a mero exercício interpretativo.*” (BERCOVICI, 2008, p. 18; 20). Das fontes analisadas não me recorde em nenhuma delas ter visto uma reflexão de Cavalcanti a respeito do poder constituinte, nem mesmo na sua *Constituição federal comentada*. Talvez ele

Dessa maneira, Cavalcanti acabou por defender que a instituição e a organização do novo projeto de Estado não teriam a soberania popular e a Constituição como seus referenciais, mas sim o Poder Executivo por intermédio, sobretudo, das delegações legislativas e do decreto-lei. Conforme Bercovici “*No Brasil, a construção do Estado nacional se dá, essencialmente, no âmbito do poder executivo, com maior ênfase a partir de 1930.*” (2014 p. 02)

O jurista elogiou a técnica da Carta “*outorgada*” e sua precisão de linguagem (p. X, 1938b). Ademais, a Constituição de 1934 não teria perdido sua utilidade, pois funcionaria, em alguns temas (ex. organização dos municípios e territórios), como “*subsídio histórico e doutrinário*” apto a auxiliar na elaboração de normas infraconstitucionais (p. XII, 1938b). Para Cavalcanti, em 1937 não havia ocorrido um rompimento com a *ideia política* de 1934, mas uma melhora na *técnica constitucional*. Segundo o autor, “*a Carta Constitucional de 1937, não modificou em sua essência o systema, antes o conservou em suas linhas geraes.*” (1938b, p. IX)<sup>161</sup>

Comparando a Carta de 1937 à Constituição de 1934:

Os quadros dentro dos quaes deve-se desenvolver a actividade do Estado não foram alterados senão em particularidades secundárias facilmente retificadas de accordo com as disposições Constitucionaes. O Estado não alterou suas tendências essenciaes, nem retrogradou nas conquistas consagradas pela Constituição de 16 de Julho. Foram ellas ratificadas solemnemente nos Capítulos próprios reguladores na Ordem Política, Ecooômica, Educação, etc. Obedeceu, porém, a uma technica nova, menos casuistica, mais normativa, deixando á legislação ordinária o encargo de orientar o poder publico na realização dos fins para os quaes foi o Estado organizado. (CAVALCANTI, 1938b, p. XXVII)<sup>162</sup>

Segundo o jurista, a nova Carta tinha quatro características essenciais: a) centralização política na União; b) “*racionalização*” da

---

tenha seguido a advertência de Donoso Cortés, aquela em que o poder constituinte não cabe nos livros.

<sup>161</sup> O que parece coerente com sua posição da década de 70, quando disse que a Carta de 1937 fora apenas um regulamento (*vide anexo*).

técnica legislativa; c) fortalecimento do executivo e ampliação de suas atividades; e d) unidade da justiça no plano estadual (p. VI, 1938b).<sup>163</sup> Ela tinha se pautado pela simplificação e se afastado do “*casuismo*” de 1934, eis que propôs uma estrutura mais lógica, cuja autoridade não estava diluída por “órgãos sem expressão”. (p. VII, 1938b)<sup>164</sup>

Sofrera influência das modernas constituições europeias, cujo o fortalecimento do Executivo era uma tendência universal, que poderia aparecer por meio de uma ditadura ou por intermédio de um governo forte. Citando Burdeau, Cavalcanti diz que no primeiro caso o governo se apoiava em um partido e, no segundo, na nação.<sup>165</sup> O governo forte

---

<sup>163</sup> Genericamente, pode-se dizer que, em 1933, ele já buscava esses objetivos. Em 1933 ele já defendia uma centralização relativa, mas concedendo alguma autonomia aos estados. Já se pode encontrar presente a ideia de uma nova proposta de legislação, uma legislação mais racional e menos política. Ele já falava de um executivo forte e técnico com pouca interferência política.

<sup>164</sup> Essa observação é totalmente incompatível com a conclusão geral da obra de 1933. Nesse sentido vide CAVALCANTI, Themistocles B. **A margem do ante-projeto constitucional (notas e apontamentos)**. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti, 1933.

<sup>165</sup> No preâmbulo da Carta de 1937 é possível notar o uso retórico da nação com estratégia de justificação do golpe. “*ATENDENDO às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente a gravação dos dissídios partidários, que, uma, notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação, de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil; ATENDENDO ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente; ATENDENDO a que, sob as instituições anteriores, não dispunha, o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo; Sem o apoio das forças armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente apreensivas diante dos perigos que ameaçam a nossa unidade e da rapidez com que se vem processando a decomposição das nossas instituições civis e políticas; Resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e à sua prosperidade, decretando a seguinte Constituição, que se cumprirá desde hoje em todo o País: [...]*”. A nação também será a protagonista nos preâmbulos da Constituição de 1946, do Ato Institucional n.º 1 de 1964 e da Constituição de 1988. Ou seja, trata-se de um conceito político indeterminado,

emanava de um regime no qual a marca característica era o fortalecimento do Executivo (ex. Áustria e Polônia), e que se justificava, também, ante a ameaça das revoluções e golpes de Estado, favorecidos pela diluição da autoridade política (p. VII, 1938b). O fortalecimento do poder correspondia a um “*acto de legítima defeza*”, haja vista a instabilidade política “*nos Governos de origem popular*”; inclusive as reformas constitucionais, frente a determinadas circunstâncias, poderiam ser impostas pela força. (1938b, p. VIII).<sup>166</sup> Percebe-se aqui o jogo conceitual empreendido por Cavalcanti, emprestando de Burdeau o termo “governo forte” quando, em verdade, estava à frente de uma ditadura.

Na obra de 1933, como já estudado, Cavalcanti categoricamente disse que os parlamentos ficaram no século XIX; o século XX era do Poder Executivo. Nessa obra o jurista tratou amplamente da ineficiência da ação legislativa, da necessidade em se caminhar para um modelo mais técnico do que político e da “*despoliticização*” do Estado e da legislação. Diante disso, advertia sobre a importância em se pensar um sistema político mais maleável haja vista que era “*impossível conciliar um executivo forte com o jogo normal das funções parlamentares.*” (1933, p. 56)

Coerente com esse pensamento, na referida introdução ao segundo volume das *Instituições* (1938b), o jurista aponta o

---

manejado conforme as circunstâncias, que contribui para legitimar tanto ditaduras como democracias.

<sup>166</sup> “*O fortalecimento do poder executivo, é uma tendencia hoje, universal; ella se manifesta ou por uma forma mais radical, por meio de uma dictadura, ou por meio de uma estrutura Constitucional orientada naquelle sentido. Observa Burdeau [...] que a dictadura differencia-se do Governo forte, porque, no primeiro caso, o Governo apoia-se em um partido, enquanto que no segundo, apoia-se em toda a Nação. [...] As dictaduras apontadas como exemplo, a Itália, a Rússia, a Alemanha, são Governos unipartidarios que vivem em um regimen de força e que só excepcionalmente conhecem a intervenção do corpo legislativo. Os governos fortes, pelo contrário, são aquelles que emanam de uma Constituição, cujo traço característico é o fortalecimento da autoridade do Presidente da Republica. Apontam-se como exemplos a Austria, a Polônia, cuja estrutura Constitucional revestem-se de modalidades muito peculiares devido em grande parte a condições de ordem local que forçaram a transformação do regimen político com uma reforma Constitucional imposta pela força. [...] A Carta Constitucional de 1937, amoldou-se nesses exemplos e, por isso mesmo procurou naquellas Constituições precedentes que meressem utilização entre nós.*” (CAVALCANTI. 1938b, p. VIII)

protagonismo do Poder Executivo na Carta de 1937, que acertadamente o fortaleceu, ampliando suas atribuições. As delegações legislativas e o decreto-lei eram “*conquistas da Carta de 1937*” e caso estivessem previstas na Constituição anterior, teriam evitado crises e dificuldades ocasionadas pela “*inércia*” do legislativo (1938b, p. XXII-XXIII).<sup>167</sup> É importante rememorar que no primeiro volume das *Instituições* (1938a), o autor, antes mesmo da outorga da Carta de 1937, fez uma análise positiva sobre os decretos-leis.<sup>168</sup>

Quanto ao Poder Legislativo, na obra de 1933, Cavalcanti afirmou que se tratava do órgão mais difícil de se constituir naquela época e seus principais problemas eram o “*abuso do princípio democrático*” e a “*esterilidade de sua ação técnica*”, sendo necessária uma solução pragmática que conferisse maior eficiência e valor técnico à legislação (1933, p. 59). Para o jurista, o modelo corporativo de representação seria uma alternativa válida, tese essa proposta na Comissão do Itamaraty (Cavalcanti e Oliveira Vianna eram aqui os maiores entusiastas), mas que fora rejeitada. Fato lamentado pelo jurista, visto que barrou a “*intervenção de uma força nova na elaboração das leis*” (1933, p. 62). Como solução aos problemas legislativos, Cavalcanti propôs o sistema unicameral (uma tendência universal visando à eficiência), a delegação legislativa, os conselhos técnicos, a representação profissional e a ampliação do poder de iniciativa das leis (1933).

Portanto, do texto de 1933 pode-se concluir que o autor não ficou satisfeito com a conclusão do anteprojeto em relação ao Legislativo. Sua proposta corporativa foi negada, bem como a emenda que previa a delegação legislativa. A opção da Comissão foi por manter o Poder Legislativo em sua essência apenas com alterações no âmbito estrutural,

---

<sup>167</sup> “*Prevê também a necessidade da expedição de decretos-leis independentemente de autorização legislativa, como função específica do poder executivo. Neste caso, depende a sua aprovação da audiência do Conselho de Economia Nacional. [...] O capítulo relativo aos decretos-leis e às delegações legislativas é um dos mais importantes da nova Carta Constitucional; a sua inclusão no texto de 1934 teria certamente evitado crises e dificuldades que acarretam sempre a inércia e ineficiência dos Parlamentos.*” (CAVALCANTI, 1938b, p. XXIII)

<sup>168</sup> Inclusive não perdeu a oportunidade de mencionar que no primeiro volume das *Instituições* já tinha tratado “*largamente*” do tema: “*Essa questão foi largamente examinada no primeiro volume, onde fizemos o estudo da experiência dos povos que nos antecederam nessa prática de grande utilidade (pags. 380 a 400).*” (CAVALCANTI, 1938b, p. XXIII)

sem mudar um sistema que, na visão de Cavalcanti, deveria ser mais técnico e menos político.

Já em 1938, quanto ao Legislativo, é possível inferir que a Carta de 1937 correspondia àquilo que Cavalcanti defendia em 1933 e na obra de 1938a (no que se refere à estratégia naturalizadora dos decretos-leis). Não se percebe uma ruptura, mas algo que se aproxima do que o jurista defendia na Comissão do Itamaraty e no primeiro volume das *Instituições*, em especial a representação corporativa, as delegações legislativas e a ênfase na natureza técnica da lei.

No que tange às delegações legislativas é interessante comparar a emenda proposta pelo jurista na Comissão do Itamaraty com a introdução ao segundo volume das *Instituições*.

Art. – A Assembléa Nacional poderá excepcionalmente delegar ao Poder Executivo algumas attribuições de character legislativo. Taes delegações, porem, serão expressas e limitadas. (apud MENDONÇA AZEVEDO, 2004, p. 192)

A nossa Carta Constitucional não adoptou nenhum systema rígido de approvação dos decretos-leis expedidos de conformidade com o artigo 12, pois que deixou ao Parlamento a faculdade de fixar as condições e os limites do exercício da função delegada. (CAVALCANTI, 1938b, p. XXIII)

No segundo volume das *Instituições* (1938b) parece que o autor encontra no Conselho Nacional da Economia e na nova técnica legislativa (delegações e decreto-lei) a “*força nova*” que procurava em 1933. O Legislativo pós-1937 seria exercido pelo parlamento, mas com a colaboração do Presidente da República e do Conselho da Economia Nacional. No que tange à representação profissional no parlamento, o autor transcreve um trecho de sua obra de 1933, o que sugere uma estratégia para mostrar que, naquela época, ele já era “moderno” (1938b, p. XV – XVIII). Tratou também sobre a “*verdadeira representação*” e sobre a limitação dos representantes, sempre elogiando a nova Carta. O caráter técnico da legislação seria favorecido pelo Conselho da Economia Nacional.

De grande relevância é o tema da “*nova technica legislativa*”, em que o parlamento teria uma função normativa ao fixar apenas os princípios gerais da lei (1938b, p. XXI). Também é importante



rememorar a concepção do autor a respeito dos vínculos sociais pré-existent e vinculantes à legislação, conforme visto anteriormente.

Citando o artigo 11<sup>169</sup> da Carta outorgada, Cavalcanti justificou:

A nova technica legislativa figura tambem como uma das creações mais interessantes da nova Carta, mas que exige, na sua applicação, um grande senso juridico e uma concepção “actual” da technica jurídica. [...] Firmou-se ahi a funcção puramente normativa do Parlamento que deve fixar apenas os princípios geraes, as directivas, a substancia, o conteúdo material das leis, deixando ao poder executivo a sua regulamentação a parte formal, adjetiva da lei. **Sobre essa technica legislativa trataremos neste volume no capitulo relativo ao direito costumeiro, e remetemos ao volume primeiro pag. 291 e ss.** (1938b, p. XXI) (grifo acrescentado)

Compulsando a página 292 do primeiro volume da obra *Instituições*<sup>170</sup> (relembrando que esse livro foi escrito ainda sob a vigência da Constituição de 1934), é possível encontrar um trecho significativo:

A lei é, portanto, a forma de que se revestem os actos do poder legislativo, a manifestação por excellencia da vontade popular, [...] destinada a dictar as normas geraes por que se devem regular as relações juridicas no paiz. [...] O aperfeiçoamento dos regimes políticos, a

---

<sup>169</sup> “Art 11 - A lei, quando de iniciativa do Parlamento, limitar-se-á a regular, de modo geral, dispondo apenas sobre a substância e os princípios, a matéria que constitui o seu objeto. O Poder Executivo expedirá os regulamentos, complementares.”

<sup>170</sup> A remissão ao primeiro volume da obra *Instituições* (1938i) refere-se ao capítulo II (*A lei e os decretos legislativos*) do título I (*A função legislativa*). Em sua maior parte o dito capítulo trata do processo legislativo (proposição, deliberação, sanção e veto). No entanto, na introdução do capítulo, além de Cavalcanti adentrar a discussão sobre a pré-existência ou não de um direito à lei (*vide item 4.1.3. deste trabalho*), o autor disserta sobre essa nova técnica legislativa.

racionalização da *technica* na elaboração das normas jurídicas, chegou á formula hoje preponderante. Outras fórmulas virão, com o seu destino passageiro, transitorio. **Na elaboração legislativa (sic), predomina, hoje, a preocupação técnica especializada. Necessidades políticas de momento têm levado a pratica dos regimes até á delegação das funções puramente legislativas ao Poder Executivo, que os exercita por meio de decretos leis.** (CAVALCANTI, 1938a, p. 292) (grifo acrescentado)

Ainda, quanto à “*moderna technica legislativa*” e à remissão ao capítulo em que Cavalcanti tratou do direito costumeiro (Capítulo VII, Título I, *Instituições*, 1938b), o jurista empresta do *commow law* (para ele um direito costumeiro) o conceito de “*standards*” legislativos, transportando-o para o *civil law*. Ou seja, busca sofisticar o argumento e aplicar um princípio do “direito costumeiro” norte-americano ao direito legislado brasileiro, cabendo à lei apenas a definição dos “*standards*”, conferindo maior discricionariedade aos demais poderes quanto à aplicação e complementação de seus dispositivos.<sup>171</sup> Apesar de longo, o trecho merece transcrição:

É preciso, porém, reconhecer que o direito moderno vae cada vez mais fortalecendo o valor da lei como fonte do direito, embora modificando a *technica* legal, por uma flexibilidade mais accentuada das suas normas. Este phenomeno é de alto interesse porque importa na multiplicidade e na differenciação do sentido da norma legal. A tendencia para a individualização da applicação da norma jurídica no direito moderno, é inspirada no direito constumeiro anglo-saxonico, na chamada “*commow law*” (sic), onde os “*standards*” têm largo uso e justificam-se, principalmente, na esphera política e discricionária da administração, pela

---

<sup>171</sup> Cavalcanti também trabalha o tema dos *standards* quando analisa o lugar dos costumes no direito administrativo. Segundo o jurista havia na época uma tendência em reduzir a importância do costume como fonte direta do direito administrativo. No entanto, da *common law* era possível extrair um bom exemplo para se pensar a nova técnica legislativa por meio dos *standards* legais.

necessidade, segundo Hauriou, de manter o equilíbrio dos interesses economicos e sociaes em jogo. [...] vale aqui, apenas, como observação para mostrar a reacção contra a rigidez das normas jurídicas e a formação de um direito semelhante ao costumeiro adaptada a idéa á moderna technica juridica. [...] Esse processo consiste, antes de tudo, na modificação da technica, pela applicação dos “standards” a que já acima nos referimos, que para os francezes, de modo expressivo, traduziram por “directives”, o que consiste em um processo technico que fixa apenas a linha de conducta, a orientação do juiz; não fornece a solução, mas apenas a orientação geral e o espírito que deve orientar na decisão que vier a dar. (CAVALCANTI, 1938b, pp. 57; 59)

Cavalcanti festejou a ampliação do poder administrativo regulamentar, para ele uma medida que conciliava pontos de vista divergentes proporcionando uma *cooperação* entre os poderes Executivo e Legislativo e mantendo as bases essenciais da repartição de funções.

Este sistema de *standards*, de *directivas*, na elaboração legislativa, com a ampliação da função regulamentar do Poder Executivo, é de sumo interesse prático e doutrinário, e concilia pontos de vista diferentes. (CAVALCANTI, 1942, p. 292)

A importância do Poder Executivo é potencializada ante a “*nova técnica legislativa*”, que consistia no alargamento do poder regulamentar relegando a lei apenas à definição dos *standards*. A “nova técnica” também abrangia a possibilidade das delegações ou “*autorizações*” legislativas. Isso tudo refletia em um capítulo clássico do direito administrativo: o poder de polícia.

O alargamento do poder regulamentar também significava a ampliação do poder de polícia, já que, para o autor, “*O poder de polícia é antes de tudo normativo.*” (1951b, p. 448). Ante a tendência intervencionista, o poder de polícia se tornava cada vez mais penetrante e alcançava novos setores (1951b, p. 448), incluindo todas as “*restricções impostas pelo poder publico em beneficio do interesse*

*collectivo, saúde, ordem publica, segurança, e ainda mais, os interesses economicos e sociaes.*” (CAVALCANTI, 1938b, p. 153)

Os novos desafios sociais e econômicos exigiam a ampliação do campo de atuação do poder de polícia e uma maior flexibilidade na sua execução, eis que o “*equilíbrio social*” era “*incompatível com a aplicação rigida da lei*” e a tendência moderna era de aumentar a discricionariedade na aplicação das leis e regulamentos. (CAVALCANTI, 1938b, p. 154)<sup>172</sup>

A jurisprudencia americana tem ampliado o conceito do que chamam – Police Power -, e o Judge Charles Hough o definiu como expressão mesma da soberania. A sua influencia na ordem administrativa, na ordem economica e nas relações sociaes é immensa, e se estende a todas as espheras da administração publica. A ampliação do poder de policia, na jurisprudencia dos Estados Unidos e na nossa, tem aumentado com a necessidade de estabelecer um regimen de equilibrio social, incompatível com a applicação rigida da lei. [...] A defeza da paz, da moral, da educação, da ordem publica, da indústria do Estado, do desenvolvimento dos recursos, da riqueza e da fortuna, justificam plenamente restricções e regulamentação da liberdade e dos direitos individuaes. [...] A tendencia do direito moderno é a de ampliar cada vez mais o exercicio da faculdade discricionária pelo poder a quem cabe cumprir e executar as leis. [...] Compreendem medidas de prevenção e de repressão, destinadas todas á perfeita regularidade dos serviços publicos e ao cumprimento das leis e dos regulamentos em vigor. (CAVALCANTI, 1938b, p. 154; 155)

Consoante essa tendência de aumento da discricionariedade nos atos de polícia, Cavalcanti mantém a doutrina clássica, na qual um poder não pode se imiscuir na conveniência e oportunidade de outro, exceto se há uma violação a um direito individual ou se o ato violou a lei ou o regulamento. (1938b, pp. 144-145)

---

<sup>172</sup> “*Por isso mesmo observa AURELINO LEAL, a proibição de polícia, com reserva de permissão, deve se assentar na lei ou no regulamento. Não deve ser ato arbitrário da autoridade.*” (CAVALCANTI, 1938b, p. 157)

Quanto ao Poder Judiciário, já foi explicitada a preocupação de Cavalcanti quanto à independência dos juízes, a importância do Supremo Tribunal Federal e o controle de constitucionalidade. (1933, *passim*). Apesar das sensíveis alterações previstas na Carta de 1937 a respeito do controle de constitucionalidade das leis, o jurista não teceu em sua introdução (1938b), todavia, qualquer consideração a respeito dessas mudanças.<sup>173</sup>

Muito embora tenha reconhecido a relativa subordinação do direito administrativo ao direito constitucional (1938b, p. 20), Cavalcanti arremata sua tempestiva e oportuna introdução à segunda edição do segundo volume das *Instituições* esclarecendo que a nova Carta deveria ser levada em consideração. Um manual da disciplina não deveria, porém, se satisfazer em apenas comentar o direito constituído, deveria também examinar as “*grandes instituições de direito administrativo*”.<sup>174</sup>

---

<sup>173</sup> Trata-se da previsão contida no artigo 96, parágrafo único da Carta de 1937 (“Art. 96 - *Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.*”). O tema era disciplinado na Constituição de 1934 de maneira diversa e não havia a previsão de participação do Presidente da República no controle de constitucionalidade (“Art. 76 - A Corte Suprema compete: [...] 2) julgar: [...] III - em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância: [...] b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válido o ato ou a lei impugnada; [...] Art. 91 - Compete ao Senado Federal: [...] IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário; [...] Art. 179 - *Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.*”).

<sup>174</sup> “São essas em linhas geraes as rectificações a serem feitas ao que dissemos no volume primeiro desta obra. O fim deste trabalho consiste porém, menos no comentário do direito constituído do que no exame das grandes instituições de

No primeiro volume do *Tratado de Direito Administrativo* (1942). Nessa obra Cavalcanti mantém essencialmente a estrutura de capítulos do primeiro volume das *Instituições de direito administrativo* (1938a). Como aquele foi redigido ainda sob a égide da Carta outorgada. Convém doravante analisar as eventuais permanências e rupturas do autor.

Dentre todos os capítulos, chama a atenção aquele que trata do Poder Executivo e dos decretos-leis. Nessa fase do trabalho já está claro que Cavalcanti, desde a década de 1930 e muito antes da outorga da Carta, defendia o fortalecimento institucional e decisional do Executivo e era simpático às delegações legislativas e decretos-leis; o *Tratado* de 1942 reforça e, sobretudo, explicita essas crenças.

Quanto às atribuições do Presidente da República durante a Constituição de 1934, diz:

As funções do Presidente da República podem ter caracter:

- a) político;
- b) administrativo;
- c) representativo. (CAVALCANTI, 1938a, p. 362)

Já quanto às atribuições do Presidente da República na Carta de 1937, afirma:

As funções do Presidente da República podem ter caráter:

- a) político;
- b) **legislativo e regulamentar;**
- c) administrativo;
- d) representativo. (CAVALCANTI, 1942, p. 259)  
(grifo acrescentado)

No que se refere às delegações legislativas e decretos-leis, na obra pós-*Carta* de 1937, além de manter boa parte do texto de 1938a, Cavalcanti analisa os artigos 12, 13, 14 e 180 da Carta. Acrescenta, então, uma sugestiva “*crítica construtiva feita sobre a capacidade legislativa do Presidente da República*” (1942, p. 289), ponderando as vantagens e inconvenientes dos decretos-leis e delegações. É possível perceber que o autor mantém suas convicções de outrora, reforçando-as a partir da Carta outorgada.

Na obra de 1942, o capítulo sobre os decretos-leis e delegações legislativas (Capítulo III, Título III), em grande parte, reproduz aquele

da obra *Instituições* (1938a, p. 385 ss) - até porque não eram necessárias novas anotações que diferissem das feitas anteriormente. A atualização quanto à Carta de 1937, merece, porém, atenção:

A faculdade atribuída ao Poder executivo de expedir decretos-leis constitui ou uma verdadeira delegação legislativa, imposta pela necessidade e interesse público, atendendo a condições particulares de urgência, incompatíveis com a elaboração normal da lei pelo Parlamento, ou então uma faculdade normalmente outorgada pela Constituição ao Poder executivo em função normal. [...] A nossa Constituição de 1937 modificou, em sua essência, o regime anterior da proibição de delegações, permitindo expressamente o exercício pelo Poder Executivo de funções delegadas do Poder Legislativo, bem como o exercício pleno da função por meio da expedição de decretos-leis. (CAVALCANTI, 1942, pp. 278; 282)

Segundo Cavalcanti era possível distinguir quatro modalidades de decreto-lei previstas na Carta:<sup>175</sup> (a) “*delegação legislativa*” do artigo

---

<sup>175</sup> Art 12 - O Presidente da República pode ser autorizado pelo Parlamento a expedir decretos-leis, mediante as condições e nos limites fixados pelo ato de autorização. Art 13 - O Presidente da República, nos períodos de recesso do Parlamento ou de dissolução da Câmara dos Deputados, poderá, se o exigirem as necessidades do Estado, expedir decretos-leis sobre as matérias de competência legislativa da União, excetuadas as seguintes: a) modificações à Constituição; b) legislação eleitoral; c) orçamento; d) impostos; e) instituição de monopólios; f) moeda; g) empréstimos públicos; h) alienação e oneração de bens imóveis da União. Parágrafo único - Os decretos-leis para serem expedidos dependem de parecer do Conselho da Economia Nacional, nas matérias da sua competência consultiva. Art 14 - O Presidente da República, observadas as disposições constitucionais e nos limites das respectivas dotações orçamentárias, poderá expedir livremente decretos-leis sobre a organização do Governo e da Administração federal, o comando supremo e a organização das forças armadas. Art 178 - São dissolvidos nesta data a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Assembléias Legislativas dos Estados e as Câmaras Municipais. As eleições ao Parlamento nacional serão marcadas pelo Presidente da República, depois de realizado o plebiscito a que se refere o art. 187. Art 180 - Enquanto não se reunir o Parlamento nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União.

12; (b) competência “*ex propria autoritate*” do artigo 13; (c) competência “*ratione materiae*” do artigo 14; e (d) *summa potestas* do artigo 180. (1942, pp. 282-289)<sup>176</sup>

Sobre o artigo 12, tratava-se de uma delegação legislativa expressa e limitada, que não tinha “*nada de extraordinário, nenhum atentado ao regime representativo, nem às funções essenciais, inerentes aos órgãos legislativos.*” (1942, p. 283). Cavalcanti disse que se aproximava daquilo que Bielsa chamava de “*regulamento delegado*”, mas que se trataria em sua essência, sob o ponto de vista material, de uma lei e não de um regulamento dependente da existência de uma lei. A Carta tinha acertado ao permitir a delegação legislativa a quem tinha mais condições de legislar.

Pode-se dizer que a solução foi das mais felizes, porque, conservando-se a supremacia legislativa do Parlamento, permitiu-se o desenvolvimento dessa atividade pelo Poder Executivo, mais em condições, em geral, de elaborar os textos legislativos. (CAVALCANTI, 1942, pp. 285-286)

---

<sup>176</sup> O termo *summa potestas* não consta na obra de Cavalcanti, foi inserido por mim para retratar o poder soberano e absoluto do chefe de governo. Tais decretos-leis foram denominados como “leis constitucionais”. Francisco Campos, em entrevista ao *Correio da Manhã* (03.03.1945), mesmo tendo assinado algumas “leis constitucionais”, criticou a prática como “totalitária”, comparando-a àquelas praticadas pelo nacional socialismo alemão: “*A tese implícita no Ato Adicional [referindo-se à lei constitucional n.º 9] é que o Poder Constituinte, ao invés de residir no povo, reside no chefe de Governo. Ora, essa tese é o fundamento do regime totalitário e o primeiro postulado desse regime. Aqui está, por exemplo, o constitucionalista oficial da Alemanha nazista, o professor Karlreutter (sic). Eis o que ele diz a propósito da Constituição: ‘No estado de chefe, ou no estado totalitário, a Constituição é a vontade do Fuehrer (sic). Todo o ato do Fuehrer (sic) relativo à estrutura do Estado é um Ato Constitucional’. Este é, precisamente, o postulado no qual se funda o Ato Adicional. O Poder Constituinte é a vontade do chefe do Governo. Enquanto não for convocado o Parlamento, o chefe do Governo exerce em toda a sua plenitude o Poder Constituinte. E como a todo momento, por ato exclusivo da sua vontade, ele pode expedir atos de caráter constitucional, resulta inevitavelmente que a Constituição é a sua vontade. A Constituição de hoje pode não ser a de amanhã.*” (apud COSTA PORTO, Vol. IV, 2001, p. 50)



Aproveitando a oportunidade, Cavalcanti mantém sua ode às delegações legislativas, procurando demonstrar o quão eram relevantes e modernas, em nada violando a separação de poderes.

Nenhum país do mundo pode mais viver sem a mútua colaboração, entre os órgãos legislativos e o Poder Executivo, e este entendimento seria letra morta, sem a possibilidade da outorga da delegação. [...] Em todos os países, como vimos, a delegação tem sido usada. Especialmente nos Estados Unidos, vamos encontrá-la de maneira mais constante, em períodos críticos da vida americana. [...] A função delegada deve ser considerada da essência do Parlamento, cuja ação não deve sofrer a limitação constitucional que proíba o uso da delegação. (CAVALCANTI, 1942, pp. 283; 284)

Quanto ao artigo 13, tratava-se de competência própria do Poder Executivo na ausência do Legislativo (recesso ou dissolução da Câmara dos Deputados). É interessante registrar a presença de um dispositivo constitucional que previa a dissolução de uma casa legislativa em pleno regime presidencialista, porém tal detalhe não chamou a atenção de Cavalcanti. Para o autor, as restrições temáticas previstas no artigo eram justificadas, pois deveriam ser indelegáveis determinadas matérias que eram da essência dos órgãos legislativos. Não se poderia, tampouco, dispensar a consulta ao Conselho da Economia Nacional. (CAVALCANTI, 1942, pp. 286-287)

Já em relação ao artigo 14, tratava-se de uma competência própria do Presidente da República, “*enquanto chefe supremo das forças armadas e da administração geral do país*” (CAVALCANTI, 1942, p. 287). Para o autor, muito embora a norma carregasse noções “*amplas e indefinidas*” (governo e administração federal), por exclusão das matérias alheias à administração e ao governo, seria possível reduzir a indefinição do texto constitucional. Socorre-se em Francisco Campos, citando-o:

“Quanto aos decretos-leis previstos no art. 14 da Constituição, acham-se eles, também, em absoluta conformidade com as atribuições conferidas ao Chefe da Nação, [...] A administração tem por chefe o Presidente: a ele cabe a responsabilidade pela ação administrativa do Governo. Do instrumento destinado à ação executiva, ninguém pode ser melhor juiz da sua

eficiência do que o Chefe do Poder Executivo. Atribuir-lhe a responsabilidade pelo rendimento de uma máquina, que ele não possa remodelar de acordo com as exigências da ação é, evidentemente um contrasenso. O vício do regime liberal consistia exatamente em dar o poder a quem não tinha a responsabilidade. A Constituição de 10 de novembro, obra de senso comum, associa à responsabilidade o poder. Nisto, ela não faz mais que seguir o critério de acordo com o qual os homens prudentes administram os seus negócios.” (apud CAVALCANTI, 1942, p. 288)

Inspirado na lição de Francisco Campos, Cavalcanti explicita sua reiterada opinião sobre a separação dos poderes. Para além da rigidez liberal, a unidade dos fins estatais justificaria os novos meios.

Há, como se vê [referindo-se à citação de Campos], necessidade de articular o aparelho do Estado, procurando-se em uma fórmula nova a harmonia dos poderes, quebrada por uma luta indissolúvel pela supremacia que todos almejam. Dentro do critério funcional é que se deve encontrar o equilíbrio de todos, compreendendo-se a atividade do Estado na unidade de seus fins. (CAVALCANTI, 1942, p. 288)

No que se refere ao artigo 180, encontra-se o decreto-lei aqui denominado pela expressão *summa potestas*, pois autorizava o Presidente da República, sem as limitações previstas na Carta, encarnar em plenitude o Poder Legislativo.<sup>177</sup>

---

<sup>177</sup> Francisco Campos em entrevista ao *Correio da Manhã* (03.03.1945), tratando da amplitude do artigo 180 da Carta de 1937 disse: “O art. 180, invocado como fundamento para a expedição do Ato Adicional, só se refere a matéria legislativa ordinária e em nenhum artigo mais da Constituição se encontra qualquer dispositivo que, diretamente ou mediante ilação, atribua ao Presidente da República a faculdade de emendar ou reformar a Constituição. Ao contrário, o art. 174 estabelece peremptoriamente que a Constituição só pode ser reformada pelo processo especial que esse artigo minuciosamente regula. O Ato Adicional, portanto, ao invés de fundado na Constituição, contraria dispositivos expressos nela. É uma nova Constituição outorgada no abusivo exercício do Poder Constituinte que a própria Constituição de 37

No momento de preparo, de transição, que estamos atravessando, antes que entre em vigor inteiramente a Constituição, cabe, ao Presidente da República, nos termos do artigo 180 do texto constitucional, exercer ampla função legislativa. Não tem aplicação, portanto, as restrições acima expostas, nem tão pouco as observações a respeito das funções delegadas, visto como a competência do Presidente da República é originária, ampla, pelo texto constitucional, na parte em que fixa a matéria atribuída à competência federal. O artigo 180 é um dispositivo transitório, cuja vida é restrita ao período de organização constitucional, em que ainda não se acham convocadas as Câmaras, dependendo da aprovação do texto fundamental pelo plebiscito. [...] Amplo tem sido, portanto, o entendimento dado ao art. 180 da Constituição. (CAVALCANTI, 1942, p. 289)

É importante registrar que os artigos 178 e 180 foram a legalização do golpe constitucional e, junto com o artigo 187 - aquele que determinava a realização de um plebiscito que nunca ocorreu -, fizeram da Carta apenas o instrumento de formalização de um ditadura. O plebiscito não ocorreu, Vargas não convocou as eleições para o parlamento previstas na Carta e o país foi governado por meio de decretos-leis soberanos, formalmente denominados como “leis constitucionais”.<sup>178</sup>

---

*reconhece, determinando o plebiscito como um atributo inalienável da Nação.”* (apud COSTA PORTO, Vol. IV, 2001, pp. 48-49). No entanto, esse entendimento do jurista mineiro não o impediu de assinar, junto com Vargas e expressamente com fundamento no artigo 180 da Carta, leis constitucionais que modificavam a Constituição (vide leis constitucionais 1 a 5).

<sup>178</sup> Ao todo foram editadas 21 leis constitucionais. O parlamento nacional só veio a ser convocado em dezembro de 1945 pela lei constitucional n.º 9, e a lei constitucional n.º 13 delegou-lhe poderes para elaborar a nova constituição. Sobre a Carta de 1937, Francisco Campos, seu principal artífice, em entrevista ao *Correio da Manhã* (03.03.1945) disse que “*A Constituição de 1937 nunca vigorou. Outorgada, foi imediatamente posta de lado, somente sendo invocada na parte relativa aos poderes conferidos ao chefe do Governo*” (apud COSTA PORTO, Vol. IV, 2001, p. 50). Ora, tamanhos eram os poderes deixados ao Presidente da República que, uma vez invocados, não bastava mais nada para dar vigência à Carta. Nesse sentido, ela teve vigência em parte, porém naquela

Enfrentando os prós e contras dos decretos-leis e das delegações legislativas, aquilo que denominou “*crítica construtiva*”, Cavalcanti advertiu que, não obstante os potenciais inconvenientes dos decretos-leis, tratava-se de uma “*prática cada vez mais constante e normal*”. Isso indica que tais inovações se ajustavam a “*uma necessidade imperiosa do Estado moderno*.” (CAVALCANTI, 1942, pp. 289; 290)

As críticas ao processo “tradicional” de elaboração legislativa eram basicamente a morosidade dos parlamentos, a falta de conhecimentos técnicos e de administração e a intervenção de elementos políticos. Os elogios eram no sentido de que, muito embora mais demorado, o resultado podia ser mais perfeito, eis que melhor pensado e discutido; a intervenção dos elementos políticos era útil, haja vista que representavam o reflexo da opinião pública. (CAVALCANTI, 1942, p. 290)

Criticava-se no decreto-lei a falta de controle político na sua confecção, a facilidade com que podia atender a interesses pessoais e a possível “*avalanche*” de decretos-leis ante a “*ligeireza*” de sua elaboração. De outra banda, os defensores dos decretos-leis alegavam que a lei elaborada pelos parlamentos era tecnicamente defeituosa, que nas Câmaras não havia “*ambiente para o exame objetivo dos problemas*”. A “*lei sai, daí, já em atrazo e tecnicamente deficiente*.” (CAVALCANTI, 1942, p. 290)

Para Cavalcanti, à parte os elogios e as críticas, o processo de elaboração legislativa já estava posto pela Carta de 1937, sendo preciso aproveitar o que se tinha de melhor, apesar de seus defeitos. Mas para o autor, o importante era manter e conciliar as delegações legislativas com o funcionamento das câmaras legislativas.

Sintetizando os argumentos em defesa dos decretos-leis, Cavalcanti cita René Landreit de Lacharriére:

- 1.º) o sistema dos decretos-leis em matéria legislativa, não está em contradição com os princípios essenciais do regime republicano;
- 2.º) o sistema de decretos-leis praticamente constitui um processo de elaboração dos textos

---

que excepcionava os demais capítulos constitucionais. Sua parcial vigência foi o suficiente para suspender toda a constituição, tratando-se de um documento que deve ser lido detrás para frente. Para Karl Loewenstein, a Carta de 1937 era uma “*ghost constitution*”, “*it exists on paper, but its essential provisons are devoid of living reality*”. Sobre o artigo 180, o constitucionalista alemão concluiu “*he is the constitution*” (apud MOTA, 2010, p. 350).

legais, tecnicamente superior, sob certos aspectos, à elaboração direta pelo Parlamento;  
 3.º) os inconvenientes práticos do sistema desapareceriam, ou pelo menos seriam atenuados, si fosse considerado como uma instituição normal, regular. (apud CAVALCANTI, 1942, p. 291)

Cavalcanti, como era de se esperar, conclui pelas vantagens dos decretos-leis, mas advertiu que, se tecnicamente eles eram superiores às leis, do ponto de vista político, a elaboração das leis pelos parlamentos constituía o “*processo ideal*”, eis que nas “*Câmaras estão reunidos os elementos teoricamente representativos da nação, da massa eleitoral.*” (CAVALCANTI, 1942, p. 291). Concluiu sua “*crítica construtiva*” afirmando que o “*sistema traçado pela nossa Constituição foi, a nosso ver, dos mais felizes:*” (1942, p. 291), tendo em vista que permitiu as delegações legislativas, os decretos-leis e ampliou o poder regulamentar.

Como visto, logo após a outorga do Estado Novo, Cavalcanti traduziu a obra *Syndicalisme, Corporativisme et État corporatif*, do jurista francês Roger Bonnard. Tanto na introdução como entre os capítulos da tradução Cavalcanti apontou o corporativismo como uma alternativa política e administrativa adequada ao necessário intervencionismo que o mundo moderno exigia.

As partes essenciais dessa tradução já foram tratadas alhures, aqui só importando analisar os poderes estatais transferidos às corporações. Tais entes, enquanto “*corps sociaux dans lesquels règne une certaine interdépendence et une solidarité*”, emanariam “*un droit propre à la corporation, un certain ordonnancement juridique secondaire subordonné à la ordonnancement juridique nacional.*” (BONNARD, 1937, p. 74)<sup>179</sup>

As delegações legislativas também se estenderiam às corporações, vistas como uma via alternativa do intervencionismo estatal a partir de uma técnica de descentralização funcional, política e administrativa. Tal delegação iria além do aspecto legislativo. Se as corporações poderiam ter uma legislação, um direito próprio, poderiam também exercer funções decorrentes da “*gestion d’un système*

---

<sup>179</sup> (“corpos sociais, nos quaes existe uma certa interdependencia e uma solidariedade, [...] um direito corporativo próprio, uma certa regulamentação jurídica secundária subordinada á regulamentação jurídica nacional.” – Tradução Themistocles Cavalcanti).

*juridique*” (BONNARD, 1937, p. 74), ou seja, teriam poderes administrativos e jurisdicionais.

La corporation peut ainsi recevoir un pouvoir réglementaire pour formuler son droit, un pouvoir administratif pour accomplir les actes juridiques et matériels en exécution de ce droit et un pouvoir juridictionnel à l'égard des situations contentieuses nées de ce droit et particulièrement un pouvoir disciplinaire pour maintenir par la voie répressive le bon ordre dans la corporation. (BONNARD, 1937, p. 75)<sup>180</sup>

No entanto, tal poder normativo concedido às corporações possuía uma intrínseca amplitude, tendo em vista que a corporação deveria tutelar por todos os interesses do ramo produtivo em que estava inserida. O que vale dizer, na sua respectiva atividade de atuação, as corporações detinham um amplo poder regulamentar - “*quase legislativo*”-, que se desdobrava nos aspectos administrativos e jurisdicionais.

Le pouvoir réglementaire de la corporation est sensiblement plus étendu. La corporation, dans sa conception moderne, est, en effet, considérée comme devant représenter et défendre tous les intérêts de la branche de production pour laquelle elle a été établie. Par conséquent son pouvoir réglementaire devra s'étendre à tout l'ordonnement de cette branche de production. C'est ainsi qu'elle aura pouvoir pour réglementer non seulement les rapports du capital et du travail, mais aussi toute l'organisation économique de cette production. Elle pourra ainsi réglementer les initiatives quant à l'organisation et au fonctionnement techniques des entreprises, ainsi que les activités contractuelles exigées par

---

<sup>180</sup> (“A corporação pode assim ter um poder regulamentar para formular as suas normas jurídicas, um poder administrativo para praticar os actos jurídicos e materiaes na execução dessa normas, e um poder jurisdiccional relativo ás situações contenciosas oriundas desse direito, e ainda, especialmente, um poder disciplinar destinado a manter, pelos meios repressivos, a boa ordem na corporação.” – Tradução Themistocles Cavalcanti).

les opérations industrielles ou commerciales des entreprises. (BONNARD, 1937, p. 75)<sup>181</sup>

Em seus *Princípios Gerais de Direito Administrativo* (1945a) - obra sintética, porém extensa (533 páginas) e destinada aos “*estudantes de Direito Administrativo*” -, Cavalcanti não se furtou em analisar o tema das delegações legislativas e do decreto-lei quando resume as fontes do direito administrativo. A delegação era um “*tema relevante no moderno direito público*” e, muito embora abrisse uma “*brecha nas velhas formas democráticas, tradicionais*”, justificava-se por imperativos de técnica legislativa, contribuindo para melhorar a elaboração da norma. (CAVALCANTI, 1945a, p. 42)

Muito embora emanado do Poder Executivo, o decreto-lei tinha “*força de lei*” e reunia “*todos os elementos intrínsecos inerentes à norma legal*” (CAVALCANTI, 1945a, p. 42). Estava presente tanto em regimes de exceção como em regimes constitucionais, seja por meio de delegações parlamentares, seja por meio de “*limites predeterminados*”, como “*dispõe notadamente a Constituição de 1937 em seus artigos 12, 13 e 14*”. (CAVALCANTI, 1945a, p. 42)

Quanto ao poder regulamentar, sua amplitude era controversa. A doutrina “clássica” entendia que se tratar-se de uma competência normal, notadamente no Poder Executivo, mas que se delimitava no conteúdo da norma regulamentada. Havia, porém, uma tendência em “*estender o poder regulamentar, mesmo como modalidade da delegação legislativa*.” (CAVALCANTI, 1945a, p. 43)

Mesmo os Estados Unidos estavam adotando normas administrativas complementares sob diferentes denominações (“*administrative legislation*”, “*administrative rule making*”, “*delegated legislation*” e “*sublegislation*”). Estas originavam principalmente das

---

<sup>181</sup> (O poder regulamentar das corporações é sensivelmente mais amplo. [comparado ao poder regulamentar dos sindicatos]. A corporação, em sua concepção moderna, é, com efeito, considerada como representante e defensora de todos os interesses do ramo de produção dentro do qual se organizou. Por conseguinte, o seu poder regulamentar deverá estender-se á toda a regulamentação deste ramo da produção. É assim que ela tem poderes para regulamentar não somente as relações entre o capital e o trabalho, mas ainda toda a organização economica desse ramo da produção. Poderá assim regulamentar as iniciativas tomadas para a organização e o funcionamento technico das empresas, bem como as actividades contractuaes exigidas para as operações industriaes ou commerciaes das mesmas. – Tradução Themistocles Cavalcanti).

comissões administrativas (“*public service commissions*”, “*boards of health*”, “*civil service commissions*”, “*corporações públicas como a Tennessee Valley*”). Apresentando maior flexibilidade e conhecimento técnico, a desvantagem estaria em sua tendência de multiplicar o excessivo número de normas. Para Cavalcanti eram normas “*quase legislativas*”, mas que deviam obedecer “*mais ou menos à escala hierárquica, quanto à extensão e obrigatoriedade das normas, de acordo com a posição hierárquica da autoridade de que emanam.*” (CAVALCANTI, 1945a, p. 43)<sup>182</sup>

Também do período do Estado Novo é o texto *Tendências modernas do direito administrativo* (1943b).<sup>183</sup> Em síntese o autor parte de uma constatação fática (Estado interventor) e suas consequências para o direito público. Aponta, com base nisso, os temas modernos do direito administrativo: as autarquias, as sociedades de economia mista, a regulamentação dos serviços de utilidade pública, os tribunais administrativos e a codificação do direito administrativo. O momento histórico é o auge do Estado Novo, mas em nenhum momento o autor faz qualquer crítica ao regime ou mesmo à Carta, o que demonstra que sua adesão foi além de uma empolgação inicial.

Em outra conferência da época (*O Estado, a administração e os serviços públicos no mundo democrático*),<sup>184</sup> Cavalcanti, mais uma vez, não oferece qualquer crítica ao regime. O “*mundo democrático*” a

---

<sup>182</sup> Segundo James Hart, “*é a autoridade legal de funcionários administrativos ou departamentos (agências) do govêrno para prescrever normas discricionárias ou interpretativas de aplicação geral e com força de lei, ou para declarar as condições em que devem ter aplicação certos estatutos legais*” (apud CAVALCANTI, 1945a, p. 43). Karl Loewenstein registrou suas impressões sobre o Estado Novo e a avalanche de normas defendidas como democráticas em sua substância eis que confeccionadas por especialistas. A despeito da ausência de órgãos deliberativos, Loewenstein destacou a ampliação de órgãos colegiados integrantes do executivo federal. Estes, além de atuarem na execução de políticas, efetuavam atividades consultivas, fiscalizatórias e em alguns casos dispunham de poderes normativos e de regulação, aproximando-se do modelo norte-americano. A diferença era que no Brasil tais “agências” não dispunham de autonomia administrativa ou jurisdicional. O jurista também destacou a atuação do DASP como um dos principais símbolos do regime. (MOTA, 2010, p. 353; 354).

<sup>183</sup> Trata-se de uma conferência realizada no Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, em janeiro de 1942.

<sup>184</sup> Conferencia realizada em setembro de 1943, na Academia Brasileira de Letras/RJ.



que ele se referia estava fundado em um modelo de democracia que não se resumia ao seu sentido político (representação popular) e cujo ideal democrático ia além da representatividade e dos parlamentos. O sentido econômico e social da democracia não repousava no sufrágio universal, mas no serviço público, que, por sua vez, era executado pela Administração Pública.<sup>185</sup>

O princípio político da maioria não tinha lugar na Administração Pública, que deveria ser técnica. Inclusive, o governo da maioria geraria incompatibilidades com o próprio sentido moderno, social-econômico da democracia. Assim sendo, o elo “democrático” entre o governo e o povo não era o sufrágio universal, mas o serviço público, a Administração Pública. (CAVALCANTI, 1943c, pp. 307-310)

Na década de 1970 (*vide anexo*) Cavalcanti consignou que a Constituição de 1934 fora a “*melhor de todas as constituições do Brasil até hoje*”, aquela que teria tido “*um cunho revolucionário*” (E-44, parte 2, pp. 79-80). Já a Carta de 1937, tinha sido apenas “*um regulamento. [...] uma coisa qualquer, mas não era uma Constituição.*” (E-44, parte 3, pp. 103; 121). Compulsando as fontes produzidas pelo autor no Estado Novo, é possível concluir justamente o contrário, ou seja, a opinião dele sobre a Carta de 1937 em nada lhe era desfavorável.

As fontes apontam que, na visão do autor, a constituição “revolucionária”, em verdade, tinha sido a de 1937, por ter melhor aparelhado o Estado, nomeadamente o Poder Executivo, para enfrentar os desafios impostos ao “*Estado moderno*”. Inclusive, tinha feito avançar significativamente a construção do modelo corporativista no Brasil. A Carta de 1937 “*afastou-se da feição casuística que caracterizava a Constituição de 1934, apresentando uma estrutura mais lógica*”, influenciada pelas “*modernas Constituições europeas*”, cujo “*fortalecimento do poder executivo, é uma tendencia univeral.*” (CAVALCANTI, 1938b, p. VII)

---

<sup>185</sup> António Manuel Hespanha analisando a “*nova emergência do Estado*” e as alterações do direito administrativo para além das garantias liberais, destaca, no plano político, a substituição de direitos individuais pela ideia de deveres sociais definidos pelo Estado e a “*substituição da legitimidade do Estado em função de uma soberania de origem democrática por uma legitimidade a partir da ideia do Estado como ‘serviço público’ (function publique, Leistungstaat), do qual os cidadãos pretendiam prestações e não direitos políticos, não faltando quem, explicitamente, estivesse disposto a sacrificar os segundos às primeiras.*” (2005, pp. 01; 02)

Esse posicionamento face à Carta de 1937 corresponde, em muitos pontos (notadamente nas delegações legislativas), ao que o autor defendera na Comissão do Itamaraty, porém não fora adotado pela Constituição de 1934. Mais do que se adaptar às novas circunstâncias, elas é que vieram ao encontro das ideias há tempos defendidas pelo autor.

Em entrevista na década de 70 (*vide anexo*) Cavalcanti acusou Carlos Medeiros Silva de ser um “*espírito autoritário*”, “*filho da constituição de 1937*”. Ante as fontes do período subscritas por Cavalcanti, é possível notar que a Carta de 1937 adotou outros filhos, entre eles o próprio autor.

### 3.2.3. Período de 1946 a 1964

Passe-se à análise da obra de Themistocles Cavalcanti referente ao período de redemocratização do país, entre a Constituição de 1946 e o golpe militar-civil de 1964. Conforme se pode observar na bibliografia, trata-se do período em que o autor mais publicou textos esparsos. À exceção das sucessivas edições de seu *Tratado de Direito Administrativo*, suas produções da época são predominantemente voltadas ao direito constitucional e à ciência política.

O primeiro texto que merece destaque são as *Considerações sobre a elaboração legislativa* (1946c). Trata-se, em verdade, de uma palestra que o jurista ministrou em 1945, no Instituto da Ordem dos Advogados do Brasil (IAB), no Rio de Janeiro, a convite do presidente da instituição à época, Haroldo Valladão. Tratava-se de conferência com tema livre, mas que se relacionasse com aquele momento pré-constituente. Cavalcanti optou por falar de um assunto que para ele era muito caro e estava presente de longa data em seus escritos: a extensão do direito de iniciativa das leis e a participação de técnicos na obra legislativa.<sup>186</sup>

As conclusões do autor foram as seguintes:

- 1, a ampliação do direito de iniciativa, tornando extensiva às associações científicas, culturais ou que expressem interesses sociais ou econômicos relevantes;
- 2, permitir a delegação legislativa expressa;

---

<sup>186</sup> Segundo Cavalcanti, um tema “*merecedor de meditação sem espírito preconcebido, sem outras intenções que não o engrandecimento do nosso país.*” (CAVALCANTI, 1946c, p. 41)

3, reduzir os termos das leis aos seus elementos essenciais, deixando para as normas complementares a especialização e a individualização de seus preceitos;

4, sujeitar à redação definitiva de normas legais ou complementares (regulamentos, instruções, circulares, etc.) a corpos técnicos capazes de dar ao texto redação adequada, acessível àqueles que devem cumprir ou executar as normas;

5, finalmente, atender à necessidade da intervenção dos juristas na elaboração legislativa, porque a este cabe, para usar da terminologia de GENY (sic), dar sentido e expressão à norma, usar dos processos que os juristas especialmente devem conhecer para atribuir aos dados que lhes são fornecidos a construção jurídica adequada ao preceito legal. (CAVALCANTI, 1946c, p. 41)

Além dessas conclusões, alguns pontos do texto merecem destaque, a fim de se confrontarem as possíveis alterações ou manutuições no pensamento do autor.

Cavalcanti iniciou sua conferência falando de um mundo dominado pela técnica e pela ciência, suas vantagens e desvantagens. Esse “mundo científico”, dominado pelo homem “*Flash Gordon*”, trazia para a modernidade o delicado conflito entre a política e a técnica. O tema da conferência tocava, inicialmente, ao próprio conceito de democracia, não daquele modelo “*simplista*” e “*formal*”, mas de uma democracia “*renovada*” e “*humanizada*”, atenta ao “*próprio conteúdo da vida social*”. (1946c, p. 38)

Merece destaque a visão do autor sobre essa “moderna” democracia, adequada ao mundo dominado pela técnica. Uma democracia concebida de forma realista, que, à sombra do povo, outorgava-se o protagonismo político às elites.

Sobre a extensão do sufrágio eleitoral:

A participação do maior número de brasileiros, nas eleições, em princípio muito certo, nada mais justo, mas, na realidade, solução perigosa, porque em um país cujo subdesenvolvimento cultural é enorme e pequena é a elite, a extensão do sufrágio há de criar, fatalmente, o conflito entre a massa e a elite, transferindo-se o poder às massas, por força do número, que é a base do sufrágio. [...] A idéia de que a massa é capaz de

escolher os seus tipos representativos, homens que sejam a expressão de seus interesses, é inteiramente ilusória. A prática do sistema que raramente o representante é a expressão da vontade ou do interesse dos seus representados, como também o critério quantitativo reduz as possibilidades da representação das minorias. (CAVALCANTI, 1958a, p. 14)

Atendo às massas, em outra obra Cavalcanti advertiu:

O regime democrático não é a ditadura de uma maioria, mas um regime de coexistência, de que todos devem participar. A nação não constitui despojos na mão do vencedor, mas um patrimônio comum, de que todos devem participar. (CAVALCANTI, 1956a, p. 13)

Aquele “*renovado*” e “*humanizado*” conceito de democracia não deveria se resumir à “*insuficiente forma representativa de Governo, que só admite a participação do povo na vida política através do voto*” (1946c, p. 38). Tal modelo divorciava o pensamento do povo das ações do governo, por isso era preciso pensar em novos mecanismos de participação política na obra legislativa, eis que a forma representativa era da essência dos regimes democráticos, mas não se resumia a ela.

Daí a proposta do autor de um “*processo de educação democrática, popular*”, ou seja, do uso “*regulamentado*” e “*dosado*” da iniciativa popular e do referendo, a fim de “*evitar a perturbação permanente da vida social e econômica por uma demasiada politização das massas populares*” (1946c, p. 38).<sup>187</sup> Em outro vértice, era preciso evitar as formações oligárquicas que pautavam o país a partir de seus interesses econômicos e políticos. Não era bom ter uma massa popular demasiadamente politizada nem uma elite que perseguisse somente seus interesses particulares.

---

<sup>187</sup> Ao tratar do referendo em obra da década de 1930, Cavalcanti mostrava-se simpático ao instituto mesmo em países de pouca cultura política, como era o caso do Brasil. O referendo teria uma função pedagógica ao incentivar a participação política do povo, mas também seria de grande valia em países onde a “*significação doutrinária dos partidos*” ainda tinha uma “*expressão duvidosa*”, servindo de “*controle da actividade e da orientação das camaras legislativas indispensável á formação e disciplina partidaria.*” Porém, sobretudo “*para os povos de cultura política ainda primaria*”, o referendo deveria contar com “*resticções e freios*”. (CAVALCANTI, 1933, p. 93)

Por isso que, mais que uma participação popular na obra legislativa, era essencial a concepção de mecanismos que propiciassem aquilo que ele defendia já na Comissão do Itamaraty, fato que Cavalcanti fez questão de enfatizar. Ou seja, a participação de técnicos na elaboração legislativa, homens de “*ciência que raramente se imiscuem em política partidária*”, pois se “*tornariam péssimos políticos e piores cientistas*”. (1946c, p. 38)<sup>188</sup>

A contribuição dos técnicos, sobretudo em assuntos administrativos, não se resumiria a um mero trabalho de parecerista dependente das conveniências políticas. Suas contribuições deveriam ter natureza vinculante em matéria administrativa (1946c, p. 40); essa visão vinha se tornado, segundo o autor, a tendência na Inglaterra e nos EUA.<sup>189</sup>

Porém, essa participação técnica não viria para substituir o aspecto político. Apesar da sua crença na técnica e na ciência, Cavalcanti registra que era essencial a contribuição dos juristas e dos “*técnicos de idéias gerais, embebidos do sentido político, social, econômico, humano, dos problemas gerais*”. Estes últimos eram os políticos. (1946c, p. 40).

A maior dificuldade do legislador era conciliar os aspectos técnicos e políticos. A solução a esse impasse estava no formato do ordenamento jurídico, daí a importância do auxílio dos juristas. O aspecto técnico se acentuava à medida que a norma se tornava menos geral e mais particular. Quanto mais geral a norma, mais predominaria o aspecto político e quanto mais particular uma norma, mais o aspecto técnico. Conforme se decrescia na escala hierárquica das normas, mais se acentuava o aspecto técnico e mais se atenuava o aspecto político, e vice-e-versa. As normas de maior generalidade e, em regra, de maior estatura normativa deveriam ser confeccionadas por órgãos predominantemente políticos; já aquelas de menor generalidade deveriam ser confeccionadas por órgãos predominantemente técnicos.<sup>190</sup>

---

<sup>188</sup> Para o autor, não haveria condições adequadas para o desenvolvimento “*se as instituições administrativas estiverem à mercê dos caprichos ou dos excessos das lutas políticas.*” (CAVALCANTI, 1958a, p. 17)

<sup>189</sup> Citando Bernal, “*‘mais profunda é a penetração da ciência na máquina de Governo. Principalmente duas outras funções estão sendo absorvidas pela ciência: a orientação a ser seguida pelo Govêrno em certos setores, de um lado, e de outro a própria execução’*”. (apud CAVALCANTI, 1946c, p. 40)

<sup>190</sup> “[...] a expressão técnica vai se acentuando cada vez que a norma se torna menos geral, mais particular. A Constituição, a lei, o regulamento, a circular,

Dessa forma, a lei deveria estabelecer os princípios gerais e delegar seus pormenores a órgãos técnicos, haja vista que o legislador era um “*senhor de habilidades gerais*”. (1946c, p. 40). Tal “*inovação*” era necessária e deveria ser pensada sem ideias preconcebidas, Cavalcanti registra: “*sempre a defendi, a delegação legislativa expressa*”, e “*caso não estivesse diante de juristas cultos e eminentes e diriam todos que a inovação seria impraticável*”. Tal modelo legislativo, segundo o autor, vinha “*precisamente dos mais sábios legisladores*”. (1946c, p. 40)<sup>191</sup>

Outrossim, era possível encontrar na história juristas que há tempos tinham enfrentado esse assunto, tal como Aurelino Leal, que “*tão bem analisou nossa primeira Constituinte Republicana*”, dizendo “*que no grande país a colaboração do elemento técnico jamais foi dispensada da fatura das leis*.” (apud CAVALCANTI, 1946C, p. 41)

Para Cavalcanti, portanto, havia provas das deficiências na obra legislativa confeccionada pelos parlamentos, mas isso não era suficiente para “*condená-los totalmente*”, devendo-se buscar medidas complementares. (CAVALCANTI, 1946c, p. 41)

Nesse texto de Cavalcanti transparecem mais continuidades do que rupturas em relação às suas ideias de outrora. É possível se extrair duas características marcantes que percorrem o pensamento do autor. De um lado a desconfiança em relação à democracia de massas e a carência de cultura político-partidária no país, por isso a crença em uma elite tecnocrática que conduziria a política pela ciência. De outro, e relacionado com o aspecto anterior, a quebra do monopólio normativo do Poder Legislativo, dividindo-o com outros personagens, poderes e/ou instituições.

Digna de reflexão é a visão do autor sobre a Constituição de 1946. A *Revista de Direito Administrativo*, publicação de janeiro a março de 1947, é inaugurada com um breve, porém sugestivo texto de Cavalcanti, no qual se percebe que a nova constituição não agradou totalmente o jurista.<sup>192</sup>

---

*as instruções, na escala hierárquica vão perdendo o cunho político em ordem decrescente e se vão tornando cada vez mais técnicas, mais particularistas, e cada vez mais difícil também se vai tornando a técnica normativa mesmo sob o ponto de vista formal.*” (CAVALCANTI, 1946c, p. 40)

<sup>191</sup> Aqui ele está se referindo aos Estados Unidos da América.

<sup>192</sup> Cavalcanti, Themistocles. *A Constituição de 1946*. In. **Revista de Direito Administrativo**. Vol. VII. Jan/Mar. Rio de Janeiro: 1947a, p. 01-04. Nessa edição é possível encontrar um interessante artigo de Lúcio Bittencourt

Democrática, liberal, exprimindo os anseios de uma estrutura legal conferida regularmente pelo povo, por meio dos seus representantes, sofre, entretanto, a nova Constituição dos benefícios e inconvenientes de sua origem. (CAVALCANTI, 1947a, p. 01)

Os constituintes de 1946, graças ao “*resultado de uma experiência das práticas administrativas e políticas*”, puderam tratar objetivamente de determinados temas essenciais. Se acertaram nos fins, erraram, porém, nos meios. O êxito da nova constituição estava a depender de sua “*boa aplicação e da interpretação dos seus preceitos*”. (CAVALCANTI, 1947a, p. 01)

Caberia ao “*legislador ordinário*”, a partir do “*espírito da Constituição*”, a “*orientação mais sábia*”, como se fizera nos Estados

---

(advogado no Distrito Federal) intitulado *O D.A.S.P. como um imperativo democrático e técnico*. Como o próprio nome sugere, o autor se esforça em desvincular o DASP do regime autoritário de Vargas e justifica a necessidade de manutenção do departamento administrativo a partir de sua gênese e prática oriunda de países de tradição democrática (EUA e Inglaterra), bem como pelo argumento que alinha democracia e técnica. Ou seja, para o autor o mundo moderno estava “*remodelado pela técnica*” exigindo do Estado, “*para a sobrevivência da democracia*”, serviços públicos tecnicamente organizados e dependentes de um órgão técnico especializado que evitasse a “*interferência política no aparelhamento administrativo*”. (1947, p. 366). “[...] é chegado o momento de meditar um pouco sobre algumas instituições criadas durante o chamado ‘Estado Novo’, para julgá-las com a razão, em vez de condená-las, sumariamente, com o sentimento. [...] Entre as instituições previamente condenadas avulta, sem dúvida, o Departamento Administrativo do Serviço Público, [...] A acusação que se faz ao D.A.S.P., de ser um órgão totalitário, somente compatível com os regimes ditatoriais, é, não somente infundada, como também revela, da parte de quem a formula, completo desconhecimento das estruturas governamentais dos principais países do mundo e absoluta ignorância dos problemas mais mezinhas da técnica da administração. Efetivamente, o D.A.S.P. teve por modelos órgãos semelhantes existentes nos Estados Unidos da América e na Inglaterra, cujas instituições políticas e administrativas – ninguém o poderá negar – parecem animadas do próprio espírito da democracia. [...] Hoje, porém, na era industrial, com a formação dos grandes centros urbanos, ou a democracia confia o serviço público a técnicos e peritos – como sustenta Laski – ou haverá um colapso na máquina governamental [...]. Essas exigências de ordem técnica, para a sobrevivência da democracia, impõem a criação de um órgão técnico, especializado [...]”. (1947, pp. 361; 362; 366)

Unidos. Lá se “*conseguiu atingir um alto grau de civilização*”, havendo os princípios constitucionais se tornando o ponto de “*convergência de todos os partidos e correntes políticas*”, a Constituição sendo “*sempre interpretada democraticamente*”. (CAVALCANTI, 1947a, p. 02)

A Constituição de 1946 adotara “*critérios excessivamente ríspidos*”, nomeadamente ante a sua “*ausência de elasticidade no mecanismo dos poderes e do próprio regime*.” (CAVALCANTI, 1947a, p. 02). Tinha acolhido um “*isolamento dos poderes*” e um “*apego excessivo à propriedade individual*”, dificultando sua adaptação às circunstâncias políticas e econômicas, que exigiam “*maior flexibilidade*” para uma “*harmonia mais perfeita na colaboração entre os poderes do Estado*.” (CAVALCANTI, 1947a, p. 02)<sup>193</sup>

O jurista se mostrava perplexo com a separação estanque e pouco funcional entre os poderes, que impossibilitava a “*mútua colaboração*”, especialmente quanto à elaboração legislativa em face da proibição expressa de delegação legislativa.<sup>194</sup> Tal proibição era uma “*reação natural*” ante os muitos anos de uso dos decretos-leis, mas esse isolamento de poderes desarmava a constituição de ferramentas adequadas, notadamente naquilo que “*interessava à vida administrativa*”. Por esse motivo a “*doutrina moderna*” defendida em “*países de estrutura democrática mais sólida*” e aconselhava uma “*transação*”, sem, no entanto, esvaziar a soberania do poder legislativo. (CAVALCANTI, 1947a, p. 02)

---

<sup>193</sup> Sobre a Constituição de 1946, Venâncio Filho disse que “*Apesar da urgência, cada vez mais sentida, de diplomas legais, visando atender a essas novas funções do Estado, o mecanismo legislativo conservou-se tímido, para dar solução a esse problema, retardando-se, durante muitos anos, nas câmaras legislativas, as leis previstas na Constituição de 46, leis complementares essas da maior importância para a economia nacional. A proibição formal do artigo 36, §2º, vedando a delegação de poderes, não impediu que, sob a forma de normas executivas, abarque o Poder Executivo aspectos mais relevantes da economia nacional.*” (1968, p. 34)

<sup>194</sup> Constituição de 1946. Artigo 36 - São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si. § 1º - O cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro, salvo as exceções previstas nesta Constituição. § 2º - É vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições.



Como seria essa transação o autor não especifica, mas sem dúvida ela dependeria de uma “boa interpretação” da constituição, fundada na doutrina pró-delegação.

O destino da Constituição de 1946, portanto, estava em sua hermenêutica. Seu sucesso dependia de uma adequada e flexível interpretação, já que o texto constitucional “*peca pela falta de flexibilidade e pela rigidez de seus preceitos*”. (CAVALCANTI, 1947a, p. 02)

A interpretação da norma constitucional não deve, por este motivo, obedecer a critérios excessivamente ríspidos, para que a Constituição possa sobreviver. E’ preciso sempre evitar o conflito entre o seu espírito e a realidade, porque daí nascem as decepções e a descrença na lei básica. [...] a interpretação política dos seus preceitos constitui sem dúvida a pedra angular de toda a hermenêutica constitucional e isto mesmo quando aos tribunais cabe a aplicação de suas normas. (CAVALCANTI, 1947a, p. 02)

Note-se que para evitar a descrença na constituição, o conflito entre o “*espírito*” e a “*realidade*” constitucional deveria ser evitado, já que, segundo o autor, haveria uma tendência de que a força dos fatos superasse a força das normas.<sup>195</sup> Por isso era preferível uma flexível interpretação da constituição, adaptando-a à realidade, do que uma rígida aplicação que só traria decepções. Ao que parece, para Cavalcanti, os fatos é que tinham força normativa. Tal lição é deveras sugestiva no que toca à separação de poderes, pois, se de um lado a nova constituição proibira as delegações, havia, no entanto, uma prática constitucional que a autorizava.<sup>196</sup>

---

<sup>195</sup> “A história política do Brasil tem demonstrado que os alicerces constitucionais são obstáculos muito precários quando as exigências dos interesses políticos se sobrepõem à própria Constituição. Melhor teria sido certamente poupá-la [a Constituição de 1946], reduzindo-lhe os preceitos, sem preocupação analítica. [...] Melhor houvera sido deixar ao legislador ordinário e à própria orientação administrativa dos governos, maior liberdade na solução desses problemas.” (CAVALCANTI, 1956a, p. 11).

<sup>196</sup> Em texto posterior, o jurista adverte, todavia, para o uso desregulado das delegações legislativas e a necessidade de reformas constitucionais. Vide *Considerações sobre uma revisão da Constituição*. In: **Revista Forense**. Vol. 186. Ano 59. Nov/Dez. Rio de Janeiro: 1959a.

O tom crítico do autor quanto ao mecanismo dos poderes presente da Constituição de 1946 permaneceu em praticamente todos os seus escritos durante o período de vigência da constituição.

Quanto ao aspecto econômico, a Constituição de 1946 tampouco agradou a Cavalcanti. Além de ter “*amputado*” a intervenção das classes e interesses profissionais na esfera legislativa, prática “*já aceita entre nós*”, “*desaparelhou*” o Executivo do poder de “*estabelecer normas*” que “*julgasse mais adequadas*” e “*de acôrdo com os princípios traçados pelas Câmaras*”. Houve, no aspecto da ordem econômica, nos direitos individuais e na delegação legislativa, um “*retrocesso no caminho da evolução que se estava processando entre nós*”. (CAVALCANTI, 1947a, p. 03)

Por fim, sem negar os “*aplausos à elaboração constitucional*”, Cavalcanti reitera a premissa fixada anteriormente de que a permanência e o vigor da nova constituição dependeriam “*em grande parte da sua aplicação, do espírito que animar a sua interpretação*”, hermenêutica que deveria se pautar “*dentro do espírito da democracia*” (CAVALCANTI, 1947a, p. 03). O jurista não especifica o tipo de democracia a que está se referindo, mas é possível intuir, inclusive a partir de sua obra até então, que essa “flexível” interpretação não viria das câmaras populares.

Pregando mais uma vez a “*boa interpretação*” da Constituição de 1946 está o texto *A ordem econômica nas Constituições*.<sup>197</sup> Além de

---

<sup>197</sup> In. **Revista Forense**. Vol. CXXII. Ano XLVI. Mar. Rio de Janeiro: 1949. Trata-se de uma conferência proferida no Centro de Estudos Mauá, no ano de 1948. Vários temas interessantes são, ainda que brevemente, abordados nesse texto. O autor se preocupa em diferenciar conceitos, entre eles os de *monopólio econômico* e de *privilegio exclusivo*. Aquele seria o monopólio de uma atividade econômica pelo Estado; este seria a concessão ou permissão de determinados serviços públicos que eram dados com exclusividade a uma determinada empresa. Também diferenciou o modelo de “*intervenção capitalista ocidental liberal*” - adotado pela Constituição de 1946 -, precedida de indenização em caso de prejuízo à propriedade privada; e o modelo da “*socialização oriental russo totalitária*”, sem indenização. Chama a atenção para a necessidade de um estatuto das empresas concessionárias de serviços públicos e a inadequação do contrato de concessão nos casos de exploração do petróleo. Para o autor era da essência do contrato de concessão a reversão dos bens afetados ao serviço público. No caso do petróleo isso era impossível já que ao final do contrato restaria apenas um poço vazio. Cavalcanti propõe, nesse caso, uma espécie de “*doação/cessão*” apenas da exploração do petróleo,

ênfatisar a natureza econômica das constituições anteriores, o autor analisa o artigo 146 da constituição.<sup>198</sup> Para Cavalcanti era necessário empreender uma interpretação extensiva do dispositivo, eis que, se a constituição previu o mais (possibilidade de monopólio de determinada atividade econômica do Estado), acolheu o menos, ou seja, um amplo e geral sistema de intervenção do Estado na economia, por intermédio do poder de polícia.<sup>199</sup>

Não seria compreensível que o legislador constituinte tivesse tratado apenas do máximo de intervenção, tivesse fechado a porta a

---

mantendo no patrimônio do Estado a propriedade da riqueza mineral. (CAVALCANTI, 1949, pp. 341-344)

<sup>198</sup> Artigo 146 - A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição.

<sup>199</sup> “E não é só em nosso país, mas em todos os países do mundo o poder de polícia é um poder que hoje faz parte da própria garantia de direitos constitucionais e individuais. Não há direito individual sem contraprestação, - o poder de polícia, - que é a limitação desse direito no ponto em que ele começa a invadir o interesse coletivo, o interesse social” (CAVALCANTI, 1949, p. 341). Note-se que o poder de polícia foi ressignificado como uma “contraprestação” do Estado para a garantia de “direitos constitucionais individuais”, quase que identificado como um serviço público. O interesse público (coletivo ou social) ainda é elementar do conceito de polícia, mas é identificado com os direitos individuais, em que estes é que são o pressuposto daquele. O conceito adotado pelo autor na década de 1930 enfatizava uma noção mais voltada à superioridade da sociedade e do “público” em relação ao indivíduo, “Inclúe todas as restrições impostas pelo poder publico aos indivíduos, em benefício do interesse coletivo, saúde, ordem publica, segurança, e ainda mais, os interesses economicos e sociaes” (CAVALCANTI, 1938b, p. 153). Já em obra da década de 1950, “O poder de polícia visa, portanto, a proteção dos bens, dos direitos, da liberdade, da saúde, do bem estar econômico. Constitui uma limitação à liberdade individual, mas tem por fim assegurar esta própria liberdade e os direitos essenciais ao homem” (CAVALCANTI, 1954d, p. 127). Em outro texto Cavalcanti faz uma curiosa diferenciação entre poder de polícia e intervenção legislativa, enquanto aquele consistia em uma “ação normal do Estado como função disciplinadora dos interesses individuais em benefício dos próprios indivíduos e da coletividade”, esta pressupunha uma “limitação mais profunda que atinge, em sua essência, a vida normal das atividades individuais, suprimindo muitas vezes o regime de livre iniciativa, e implantando o monopólio estatal ou semi-estatal.” (CAVALCANTI, 1951b, p. 447)

intervensões menores da prática comum, da prática corrente da atividade do Estado através do poder de polícia, que justifica o controle dos bancos, do seguro, do câmbio, da moeda, das sociedades de economia coletiva, enfim, de todas as atividades que têm relação com o interesse coletivo. [...] A intervenção do Estado é a intervenção normal, que é a intervenção de fiscalização, de polícia; desaparecerá, evidentemente, se dermos uma interpretação restrita, limitada ao texto constitucional. Do exposto, pode-se concluir que a boa interpretação é aquela que permite a intervenção do Estado desde o controle e da tutela até o máximo da intervenção, a intervenção através do monopólio. (CAVALCANTI, 1949, p. 341)

Um dos textos mais representativos do período, relacionando intervenção estatal e deslocamento das funções legislativas é *O Estado e a ordem econômica – Problemas de técnica legislativa*.<sup>200</sup> Para

---

<sup>200</sup> In. **Revista de Direito Administrativo**. Vol. 25. Jul/Set. Rio de Janeiro: 1951b. Trata-se de uma conferência realizada na Faculdade de Ciências Econômicas de São Paulo, em abril de 1951. Segundo Eros Grau, mesmo que os vocábulos “*intervenção*” e “*intervencionismo*” tenham aparecido por 27 vezes no texto de Cavalcanti, tratava-se de uma exposição de “*pensamento liberal a respeito de um texto liberal, a Constituição de 1946.*” (GRAU, 2012, p. 02). Grau lança uma reflexão a respeito de dois pontos da conferência de Themistocles. O primeiro em relação à concepção liberal de Estado formulada por Cavalcanti, na qual a intervenção aparece como um elemento essencial do “*ser estatal capitalista*”, coerente com a proposta de 1946. Ao invés, com a Constituição de 1988 o Estado não apenas intervém, mas “*atua*” na economia. “*A ideia de ‘intervenção’ tem como pressuposta a cisão entre Estado e sociedade civil. Então, ao ‘intervir’, o Estado entraria em campo que não é o seu, estranho a si, o da sociedade civil. Essa concepção é, porém, equivocada. Família, sociedade civil e Estado são manifestações que não se anulam entre si, manifestações de uma mesma realidade, a realidade do homem associando-se a outros homens. [...] a sociedade civil é tomada pelo mercado e a serviço deste o Estado atua.*” O segundo em relação “*à superposição das ideias de legislação delegada, função normativa, funções legislativa e regulamentar*” efetuadas por Cavalcanti em sua preocupação frente à concentração do poder normativo no Congresso. Grau recomenda a leitura de textos da lavra de Victor Nunes Leal (*dois deles tratados no capítulo 2 desta tese*) e conclui que função normativa é gênero, enquanto as funções legislativa, regulamentar e regimental são espécies

Cavalcanti, o tema daquela conferência estava dentre aqueles “*problemas insolúveis do direito e da economia de nossos dias*”. O assunto teria um aspecto prático e um teórico. O primeiro representava o sentido pragmático do problema em relação à ação dos órgãos estatais “*em face das conjunturas*”; o segundo tocava ao quadro da economia moderna em face do Estado. (1951b, p. 442)

Ao discutir a função do Estado diante dos problemas econômicos, o autor apontou para a “*consagração constitucional*”, presente nas “*modernas*” constituições, que estabelecia a colaboração e a participação do Estado no terreno econômico por intermédio de uma “*função ativa*” e “*necessária*”. Tal intervenção estatal decorria das “*atividades comuns, normais, do Estado moderno*”. (1951b, p. 442)

Para Cavalcanti, a concepção de Von Mises, de que só existiam dois sistemas econômicos estava ultrapassada pelos fatos e pela evolução das doutrinas, já que os “*sistemas econômicos têm pressupostos variáveis*”. Ao que parece, Cavalcanti procurou sustentar a tese de que existiria uma “*terceira via*”, de que era possível um sistema econômico e de Estado que não fosse nem puramente capitalista, nem puramente socialista.<sup>201</sup> Tal posicionamento sugere que sua perspectiva de análise era a partir e além do liberalismo. Ele não era adepto de um modelo econômico e estatal inteiramente liberal, mas também não advogava seu total abandono. A Constituição de 1946 tinha adotado uma das linhas intermediárias possíveis.

A nossa Constituição, como as dos países que permanecem no regime capitalista, com tímidas concessões ao sistema de intervenção de tendência socialista (sem temor da palavra), afirmou e garantiu a liberdade de iniciativa, mas abriu uma larga estrada não só para a intervenção efetiva e direta do Estado como para restrições legislativas de toda ordem. [...] A técnica adotada pela nossa Constituição de 1946, não

---

e só há delegação legislativa quando se permite que parcela da função legislativa seja partilhada com o Executivo ou Judiciário; essa permissão só pode ser admitida pela Constituição, visto que ela “*tudo pode*”. (GRAU, 2002, p. 03). Convém destacar que a partir das fontes analisadas no presente trabalho, a concepção de Estado formulada por Cavalcanti não é liberal.

<sup>201</sup> Nesse sentido, Cavalcanti explica que W. Boulding (*The organizational revolution*) considerou a “*social-democracia*” como a “*terceira solução, vale dizer, um sistema econômico baseado na livre iniciativa individual mas com um cunho social bem marcado*.” (CAVALCANTI, 1955d, p. 42)

compromete o Estado em nenhum regime econômico definido, antes adotou uma forma de transação com todos os sistemas e doutrinas, salvo aqueles que desconhecem a propriedade privada, porque, só através de uma indenização prévia pode ser esta afetada pela política legislativa. (CAVALCANTI, 1951b, pp. 444; 445)

Quanto à intervenção estatal, a Constituição de 1946 abriu “*duas brechas profundas no sistema ortodoxo*”, eis que admitiu o regime da ampla intervenção do Estado (art. 146, 1. parte) e o regime do monopólio de indústrias ou atividades econômicas (art. 146, 2 parte). Estes, por sua vez, deram azo a dois sistemas de exploração econômica: o da empresa pública, com numerosas modalidades; e o da empresa privada, também sob o controle estatal mais ou menos definido. Logo, poderiam se avistar “*degraus do intervencionismo estatal*”, ou seja, o fenômeno interventivo poderia ocorrer a partir de órgãos estatais, autarquias, empresas mistas, serviços concedidos e, por fim, empresas privadas com suas subvenções, isenções e auxílios financeiros. (CAVALCANTI, 1951b, p. 445)

Dessa forma, a Constituição de 1946 teria acolhido um modelo aberto às intervenções estatais - inclusive mais “*sábio*” que o texto constitucional anterior (1937) -, sempre respeitando a propriedade privada. Inclusive, e isso o autor fez questão de enfatizar, o fenômeno interventivo não necessariamente consistia em uma política permanente, mas poderia se fundar em “*contingências de momento, principalmente nos países que não conseguiram organizar a sua economia*” (CAVALCANTI, 1951b, p. 446). Registre-se que a organização da economia seria guiada pela “*mão visível*” do Estado.<sup>202</sup>

Vejam os agora a abordagem do autor quanto ao “*sistema normativo*” que deveria orientar a “*política legislativa*” destinada à intervenção. Para Cavalcanti o legislador constitucional não tinha fixado uma diretiva política, mas apenas afirmado princípios clássicos do sistema capitalista. Entretanto ele “*abriu as portas para uma ampla política de ajustamento às transformações sociais e econômicas*”, o que possibilitava diferentes níveis de intervenção, “*desde a simples*

---

<sup>202</sup> Sobre o protagonismo estatal na organização da economia: “*Pode o indivíduo, a livre iniciativa, a livre competição, pôr ordem em um mundo em que as energias estão desintegradas? A mim não ocorre resposta afirmativa.*” (CAVALCANTI, 1954a, p. 31)

*disciplina harmonizadora de interesses*” até o monopólio estatal de determinadas atividades. Assim sendo, foi entregue ao legislativo o “*supremo poder de ditar a política mais conveniente*”. Porém, o jurista registra que “*a lei não basta, bem sabemos.*”, já que era imperiosa a presença de órgãos de execução revestidos de adequada autoridade. (1951b, p. 446)

Cavalcanti salienta a insuficiência da concentração do poder normativo no legislativo e a sua necessária “*diluição*”, já que o poder regulamentar do Executivo não bastava.

Ainda mais, a concentração do poder normativo no Congresso, o monopólio da atividade legislativa sem reservas, constituirá sempre obstáculo a execução dessas leis, o que somente poderá ser obtido pela diluição do poder normativo através de um conjunto de normas complementares só possíveis em um regime mais flexível. **O simples poder regulamentar do Executivo não basta – é uma atividade subordinada e restrita.** É preciso descentralizar o poder normativo e atribuir certa autonomia aos órgãos técnicos de execução. (CAVALCANTI, 1951b, p. 446) (*grifo acrescentado*)

Importante destacar que a pretensão de delegação legislativa do autor ia além do tradicional poder regulamentar próprio do Executivo, já que este era uma “*atividade subordinada e restrita*” à lei. O que Cavalcanti propunha, ao que parece, era uma delegação legislativa ao Executivo que lhe conferisse certa autonomia no estabelecimento das normas, sobretudo àquelas voltadas à execução da política legislativa.

Cavalcanti, porém, ressentia-se que a Constituição de 1946 não tivesse previsto mecanismos adequados para essa “*diluição*” do poder normativo. Muito embora ela tivesse traçado os rumos para uma “*larga política legislativa*”, havia falhado na “*justa distribuição da atividade normativa pelos órgãos políticos e técnicos*” (1951b, p. 447). O texto constitucional tinha resolvido, em parte, o aspecto substantivo dos processos de intervenção, mas restou deficiente quanto aos “*métodos e processos adequados para a realização dos seus fins*”. (1951b, p. 447)

A ausência de previsão desse “*intervencionismo regulamentar*” repercutia negativamente no campo das concessões de serviços de utilidade pública, pois eles deveriam estar submetidos a uma disciplina normativa mais intensa e a um maior controle dos órgãos concedentes, preservando-se a “*autonomia técnica e administrativa de seu*

*funcionamento.*” (1951b, p. 447). Dessa forma, o constituinte de 1946 perdeu a grande oportunidade de adotar um regime assemelhado àquele dos norte-americanos, no qual se tinha uma adequada “*técnica de intervenção normativa*”. (1951b, p. 447)

Mas, nos Estados Unidos a técnica dessa intervenção normativa, através de uma disciplina mais intensa do funcionamento do serviço, conduz também a conseqüências muito interessantes. É que, sendo tal disciplina de caráter administrativo, ela se exerce por meio de órgãos próprios, comissões especiais, com poderes também normativos, embora em grau secundário e quase judiciais, para resolver dúvidas e controvérsias propriamente de execução. (1951b, p. 447)

As normas disciplinadoras dos serviços públicos tinham um caráter essencialmente administrativo, por isso deveriam ser descentralizadas a partir de órgãos administrativos. Cavalcanti não advogava o total esvaziamento do Poder Legislativo, mas, como visto, a “*diluição*” do poder normativo nos órgãos responsáveis pela execução da lei. Inclusive, para o autor, o modelo norte-americano não era uma proposta tão distante do tradicional poder regulamentar, que encontrava precedentes na doutrina brasileira, por exemplo, em Aurelino Leal e em Castro Nunes. Citando o primeiro:

Dizia êle, muito bem, que o Chefe de Polícia ‘não pode estabelecer multas, firmar penalidades, embaraços ou criar entraves à liberdade, por sua própria autoridade; mas pode *regular* sob o ponto de vista administrativo; desdobrar a lei, explicando-a, aclarando-lhe o círculo de ação potencial, ou o que é o mesmo, dizer o que nela se contém *implicitamente*.’ Primorosa definição do poder regulamentar, dizer explicitamente o que está implícito na lei regulada – respeitar o pensamento e a *ratio legis*, mas desdobrando-as nos diversos graus e de acôrdo com a hierarquia das autoridades incumbidas de sua execução. (CAVALCANTI, 1951b, p. 448)

Para Cavalcanti, “*a realidade dos nossos dias*” impunha o exercício de poderes delegados, eis que tanto “*as normas como a ação dos órgãos de execução dependem menos do sistema geral do que dos*



*casos concretos.*” (1951b, p. 447). Nesse diapasão, o jurista registra que sempre defendeu que o parlamento deveria exercer o monopólio da “*política legislativa*”, mas não do “*poder normativo*”.<sup>203</sup>

Cavalcanti admitia a dificuldade constitucional em viabilizar essa “*diluição*” do poder normativo. Para tanto, trazia à baila a lição no norte-americano Cushman, em obra na qual tratava das comissões reguladoras independentes. Para esse autor, o poder normativo exercido pelos órgãos administrativos não era autenticamente legislativo, possuindo uma natureza própria. Chega a essa conclusão a partir do seguinte silogismo - que mais parece um sofisma - transcrito por Cavalcanti:

*Premissa maior* – O poder legislativo não pode ser constitucionalmente delegado pelo Congresso.

*Premissa menor* – É essencial que alguns poderes sejam delegados a autoridades administrativas e comissões independentes.

*Conclusão:* os poderes delegados não são legislativos. (apud CAVALCANTI, 1951b, p. 448-449)

Cavalcanti acrescenta que, se o Congresso tivesse a prerrogativa constitucional de delegar, os poderes conferidos ao Executivo perderiam o caráter legislativo no próprio ato de delegação, tornando-se administrativos ou “*quase legislativos*”.<sup>204</sup> O parlamento exerceria seu

---

<sup>203</sup> “*As diretrizes, a orientação política, as medidas disciplinadoras ou mesmo restritivas da liberdade individual podem e devem ser da competência exclusiva das câmaras legislativas, mas o poder normativo em diferentes graus, dentro daquela hierarquia das normas de que nos falam Kelsen, Carré de Malberg, deve se diluir em graus diferentes, pelos órgãos incumbidos de executá-las*”. (CAVALCANTI, 1951b, p. 448)

<sup>204</sup> Segundo Cavalcanti, a terminologia “*quase legislativo*” e “*quase judicial*” é de “*Justice Hugues*” quando tratou das “*commissions*” norte-americanas. (CAVALCANTI, 1958a, p. 403). Trata-se do americano Charles Evans Hughes, que durante sua primeira passagem na Suprema Corte (1910 - 1916) proferiu decisões que ampliaram os poderes regulamentares do Estado, impactando as bases jurídicas do clássico modelo econômico do *laissez-faire*, mas nas décadas posteriores tendeu a uma postura liberal ortodoxa, opondo-se às políticas do *New Deal*. Deixou a corte em 10 de Junho de 1916 para ser o candidato republicano à presidência dos Estados Unidos, quando foi derrotado por Woodrow Wilson. Em fevereiro de 1930 se tornou presidente da Suprema

autêntico poder legislativo fixando os limites e as condições da delegação, ou o que os norte-americanos denominavam como *standards* normativos.

É que a função legislativa sendo eminentemente política, mais do que formal, ela se terá realizado plenamente ao fixar o poder político, as diretrizes gerais dessa política transferindo aos órgãos adequados a tarefa de ordem técnica, mais técnica do que política, que é a de natureza mais propriamente normativa. [...] não haveria mesmo delegação no sentido de transferência de competência, senão a complementação por outros órgãos, da função normativa, nos termos e limites fixados pelo poder que tem o monopólio da função legislativa. (CAVALCANTI, 1951b, p. 449)

Note-se o esforço do autor em mostrar que não haveria uma delegação pura e simples do poder soberano de legislar (o que seria inconstitucional). O poder normativo que ele está se esforçando em justificar não é o legislativo e nem o regulamentar, é algo diferente. É um poder “*quase legislativo*” caracterizando-se como uma função de natureza eminentemente executiva (administrativa) e técnica (ao contrário da “*política legislativa*” exercida pela lei, que era uma função eminentemente parlamentar).<sup>205</sup>

Essa perspectiva, segundo o autor, era, inclusive, compatível com a doutrina da separação dos poderes, haja vista que, pela própria delegação, o Legislativo exerceria seu poder típico, não sendo a elaboração de “*normas menores*” delegadas ao Executivo propriamente uma “*função legislativa*”.<sup>206</sup> Para Cavalcanti o “*indelegável é a*

---

Corte, cargo que exerceu até junho de 1941 <[https://en.wikipedia.org/wiki/Charles\\_Evans\\_Hughes](https://en.wikipedia.org/wiki/Charles_Evans_Hughes)>, acesso em 29.09.2015.

<sup>205</sup> É importante destacar que esse “poder normativo” se aproxima daquele poder regulamentar ampliado conferido às corporações de que Roger Bonnard tratava na obra da década de 1930, traduzida e adaptada por Cavalcanti.

<sup>206</sup> “*O importante é não esquecer o conceito de James Madison no Federalista (n.º 47) para salvaguardar as prerrogativas de cada poder – quando a totalidade dos poderes de um departamento é exercido por outro que tem em suas mãos a totalidade de outro poder, os princípios de uma constituição livre estarão subvertidos. É, em suma, a mesma doutrina clássica da separação dos poderes de Montesquieu, tão malsinada hoje, mais pela incompreensão do seu*

*competência para determinar o conteúdo e os limites da lei, fixar-lhes as diretrizes bases, intransponíveis para quem exerce a função delegada*”. (1951b, p. 449)

A partir da obra do norte-americano Harvey Walker, Cavalcanti registrou que “*a função política mais importante no terreno do direito administrativo*” era justamente a “*construção da doutrina do poder normativo na esfera administrativa.*”, que se justificaria tendo em vista os problemas técnicos que envolviam a legislação no mundo moderno, forçando “*novas demarcações das fronteiras entre os poderes*”, bem como a definição de uma “*zona em comum*” em que eles acabavam por se confundir. (1951b, p. 449)

Os modernos problemas do direito, sobretudo aqueles relacionados ao intervencionismo estatal, reclamavam uma legislação tecnicamente bem elaborada. A confecção dessa lei teria que levar em consideração os aspectos técnicos. Daí a necessidade de cautelas, a fim “*de evitar a deformação legislativa nos assuntos técnicos e especializados*” (1951b, p. 449). Dessa forma, Cavalcanti propunha três alternativas:

- 1) a ampliação da iniciativa das proposições a serem examinadas pelo Congresso, por entidades credenciadas e reconhecidas como tecnicamente capazes (exemplo, os organismos universitários, escolas, institutos, associações técnicas, etc.);
- 2) a criação de acessores técnicos para auxiliarem o poder legislativo;
- 3) a delegação. (CAVALCANTI, 1951b, p. 450)

A primeira alternativa - segundo o autor e isso pode ser comprovado nas fontes -, Cavalcanti já defendia na Comissão do Itamaraty. Inclusive registra o “*relevante papel reservado às Universidades e Faculdades de ensino superior.*” (1951b, p. 450).<sup>207</sup>

Na segunda alternativa, Cavalcanti não se aprofunda.

---

*sentido político, do que mesmo pela significação prática do sistema.*” (CAVALCANTI, 1951b, p. 449)

<sup>207</sup> Coincidência ou não, nessa época, Cavalcanti era diretor do curso de ciências econômicas da Universidade do Brasil e o auditório para quem estava falando era de universitários de economia.

Quanto à terceira, salienta que era dela um defensor “*há muitos anos*”, colocando seus argumentos em defesa da delegação legislativa.

Segundo ele, o fenômeno da intervenção estatal conduzia a uma “*hipertrofia*” das funções de Estado, tanto da atividade administrativa como na legislativa. Na segunda hipótese, havia um agravamento ante “*a dificuldade de movimentação e funcionamento de um órgão coletivo, de ação retardada por contingências políticas inerentes à sua própria existência.*” (1951b, p. 450)

Dessa forma, assim como os órgãos administrativos haviam sido descentralizados a fim de evitar a hipertrofia do Executivo e em “*benefício da boa técnica e eficiência*”, a atividade legislativa também deveria se descentralizar ante a “*imposição dos fatos*”. Por isso a necessidade premente das delegações legislativas, que em verdade, estariam a favorecer o legislativo, desonerando-o de uma carga técnica normativa incompatível com seu perfil político. Dessa forma, o parlamento poderia se dedicar tranquilamente à definição das diferentes políticas legislativas. (1951b, pp. 450; 451).

Essa alternativa, como já dito pelo autor, não violaria a essência da separação dos poderes, apenas exigindo uma nova formatação de suas fronteiras. Não era uma questão de fortalecer o Executivo e enfraquecer o Legislativo, mas “*uma imposição de exigências técnicas*” no afã de “*aprimorar a técnica legal.*” Ademais, segundo o próprio jurista, ao defender a delegação legislativa ele não estava advogando uma excentricidade jurídica, mas sim uma doutrina referendada “*por eminentes constitucionalistas americanos*”. (1951b, p. 450).

Ao que parece, essa legislação técnica exercida por órgãos executivos escapava ao monopólio legislativo do parlamento. Segundo Cavalcanti, ela não ameaçaria os direitos e liberdades dos cidadãos. Os temas técnicos eram administrativos e não políticos, outrossim, não apresentavam perigo aos direitos individuais.

O problema está apenas em resguardar a liberdade, proteger os direitos individuais, tarefa esta indelegável e absoluta, porque política e inerente ao poder legislativo. [...] A confecção da lista de venenos, modificação das tarifas dos taxis de Londres, não constituem, como bem observa Lasky (sic), ameaça aos direitos e liberdades individuais, não devem tomar o tempo do Parlamento. (1951b, p. 450; 451)

Ao parlamento caberia o monopólio legislativo de fixar os limites da função delegada. Conforme sugerido por Harold Laski, o ideal seria que fosse criada uma comissão permanente, junto ao Legislativo, a fim de fiscalizar a execução dessas delegações.<sup>208</sup>

Cavalcanti confessa que a delegação legislativa não era uma técnica simples, mas era necessária. A relação a se firmar entre a lei delegante - que delimitaria as diretrizes gerais de uma política legislativa -, e as normas técnicas expedidas pelos órgãos executivos, era aquela estabelecida entre norma superior e inferior. O que não estava expresso e o que não estava implícito na lei, configuraria o espaço “*em branco*” deixado ao poder normativo a ser exercido pelo Executivo.

O que está expresso não pode ser alterado, nem será possível revogar por outras normas contrárias o que está implícito na legislação maior. Qualquer conflito dá prevalência à norma principal. [...] Não somente o que estiver *em branco* no texto legislativo, mas também o que a este não contrariar, poderá ser exercido pelo poder delegado. (CAVALCANTI, 1951b, p. 452)

Por fim, Cavalcanti diagnosticou que a culpa pela ausência de normas técnicas adequadas para enfrentar a complexidade dos problemas de intervenção estatal não era do Legislativo, mas do “*sistema pouco flexível da Constituição*”. (1951b, p. 453)

Não é justo que se mantenha o divórcio entre a função normativa complementar e os órgãos de execução. É preciso que estes também estabeleçam as suas normas que não se podem reduzir a mera função regulamentar, privativa do poder executivo. Quem executa, principalmente nos setores técnicos, precisa também fixar as normas de execução, limitadas apenas pela política legislativa própria do Congresso. (CAVALCANTI, 1951b, p. 453)

---

<sup>208</sup> Laski é um autor muito citado por Cavalcanti. Ele foi um influente político e economista britânico, porta-voz do socialismo na Inglaterra no período entreguerra, mas que nunca resolveu a tensão entre seu apoio ao socialismo e suas raízes liberais. George Orwell o descreveu como “*um socialista por fidelidade e um liberal por temperamento*”. <[http://en.wikipedia.org/wiki/Harold\\_Laski](http://en.wikipedia.org/wiki/Harold_Laski)>, acesso em 23.08.2014.

Também em 1951, antes da conferência proferida em São Paulo, Cavalcanti ministrou aula inaugural na Universidade do Brasil/RJ, intitulada *Direito, Política, Economia*. Além de refutar o economicismo (determinismo econômico) o jurista tratou ali do tema das delegações legislativas e da adequada e “*flexível*” interpretação constitucional.<sup>209</sup>

Segundo ele, os temas constitucionais de natureza econômica não poderiam ser interpretados somente pelo critério econômico, sob “*pena de subverter o sistema constitucional*”, já que a “*solução economicamente mais acertada, considerando-se em primeiro plano a produtividade, não será sempre a politicamente mais aconselhável.*” (1951a, p. 05). Por isso, usando como exemplo os Estados Unidos e sua “*sábia política legislativa*”, Cavalcanti propunha uma “*interpretação flexível e sábia dos preceitos constitucionais.*” (1951a, p. 05)<sup>210</sup>

Quanto à influência econômica no direito e na política:

Teríamos para isso, desde logo, de afastar a teoria que atribui aos fatores econômicos, predominância absoluta, como se a evolução fosse apenas determinada pelos fenômenos da produção e da distribuição da riqueza; êstes dominariam o processo jurídico que passaria a ser apenas a infra-estrutura de um sistema inspirado essencialmente nos fatores econômicos. [...] a construção jurídica é fundada em dados não só econômicos, mas também sociais, psicológicos, éticos, em fatores imponderáveis e em razões que transcendem das imposições de ordem técnica fundadas em leis futuras, para encontrar nas razões de

---

<sup>209</sup> CAVALCANTI, Themistocles. **Direito, Política, Economia**. Aula Inaugural dos cursos universitários. Rio de Janeiro: Oficina Gráfica da Universidade do Brasil, 1951a. Esse texto foi reproduzido com pequenos acréscimos no capítulo *A ciência política – o direito – a economia* da obra **Quatro Estudos** (CAVALCANTI, 1954b).

<sup>210</sup> Tratando do modelo norte-americano, Cavalcanti disse que a “*A Constituição americana sobreviveu porque a mística do regime democrático dominou toda a interpretação constitucional, e quando se tratou de adaptar aquela Constituição americana às contingências da industrialização, das grandes reformas industriais dos Estados Unidos, sempre se recorreu ao princípio fundamental, a êsse pressuposto do sistema democrático, para dizer qual era a melhor interpretação constitucional.*” (CAVALCANTI, 1954b, p. 38)

conveniência, oportunidade, justiça, os seus fundamentos. (CAVALCANTI, 1951a, p. 07)

Quanto à delegação legislativa e sua relação com o intervencionismo estatal, Cavalcanti novamente cita o sistema norte-americano como modelo de modernidade. Nos EUA, à lei caberia definir as diretrizes gerais de determinada política, sobretudo em matérias econômicas, deixando-se aos órgãos executivos de natureza técnica a sua “*móvel*” execução, que abarcaria, inclusive, uma parcela do poder normativo. Porém, tais diretrizes não poderiam ser demasiadamente exaustivas, tampouco fórmulas muito vagas.

Nos Estados Unidos, por um processo aparentemente contraditório, o sistema da livre competição vai se mantendo, graças a um regime de intervenção, cujo mecanismo permite a colaboração na execução legislativa, de órgãos técnicos de ação muito flexível. Quem estabelece a política administrativa é a lei, mas através do regime da delegação ampla, ali em vigor, podem as Comissions exercer uma larga política econômica. [...] na Inglaterra e nos Estados Unidos, [...] somente as normas gerais da política econômica são reguladas pela lei, cuja execução flexível, móvel, adaptável às contingências do momento, se realiza por meio de órgãos especializados, exercendo função normativa suplementar. (CAVALCANTI, 1951b, p. 12)

Segundo o jurista, a delegação legislativa se justificava em grande parte como um mecanismo necessário para a adequada execução da lei. A atividade de execução, fundada essencialmente no poder de polícia, também absorvia uma função de natureza normativa. Como Cavalcanti já havia observado, “*o poder de polícia é antes de tudo, normativo*”. (1951b, p. 448)

Segundo ele, não se tratava de uma delegação pura e simples do poder normativo, mas da concessão de meios adequados em vista aos fins perseguidos. Conforme repisado pelo autor, a “*necessária*” intervenção estatal fazia do Executivo o protagonista na relação entre os poderes. À medida que seus deveres se ampliaram, seus poderes deveriam seguir o mesmo caminho, já que, quem quer os fins, quer os meios. Segundo o autor, “*O importante é fixar-lhe o ponto essencial, que consiste precisamente em prestigiar a intervenção dos órgãos*

*técnicos, por meio de uma colaboração mais intensa através das medidas de execução e de legislação secundária.”* (1951b, p. 13)

Entretanto Cavalcanti ressentia-se de que esse não fora o modelo adotado pelo Brasil, que ainda estava em um “*regime em que a centralização do poder normativo*” era um “*privilégio das Câmaras, o que tira à política econômica a flexibilidade indispensável.*” (1951b, p. 12)

A delegação legislativa, além de uma alternativa administrativa tecnicamente adequada, também era uma solução política que encontrava amparo no princípio democrático, já que, segundo o autor, possibilitaria uma *participação científica* da sociedade civil na formulação e execução das políticas legislativas. Ou seja, a descentralização normativa seria, também, um imperativo democrático. Registre-se que essa abertura democrática estava mais para uma tecnocracia, ou seja, a intervenção de determinadas elites setoriais, do que para uma participação popular.

Essa obra legislativa compartilhada entre Legislativo e órgãos técnicos do Executivo se daria, também, com a participação de setores, instituições e pessoas da iniciativa privada – tendo as universidades um papel decisivo –, conformando-se com o “*ideal do governo democrático*”. (1951b, p. 14). Apenas o direito de voto e o sistema representativo não atendiam às demandas da sociedade civil, por isso a participação de setores “*não governamentais*” na composição desses órgãos técnicos era de grande importância. (1951b, p. 15). Promover-se-ia uma equilibrada combinação entre política, burocracia e tecnocracia científica.

[...] para atingir seus objetivos os órgãos políticos e administrativos nos regimes democráticos, devem construir os seus processos e os seus métodos de ação, nos pareceres e nos estudos das instituições científicas públicas e privadas. É um dos meios de atingir o ideal do governo democrático, com a participação de toda a coletividade nacional na obra comum. O simples exercício do direito de voto e ação dos Parlamentos não satisfazem a esse sistema como é concebido da atualidade. É preciso demolir o tabu de uma ciência oficial, o monopólio científico de determinados grupos, e arejar a vida política e administrativa com um amplo debate e efetiva contribuição científica das organizações não governamentais. [...] A criação de conselhos



técnicos, a convocação de homens de saber e de experiência, para um exame superior dos acontecimentos já tem sido sistema adotado em alguns países. Com isso ficará amenizada a ação burocrática, que terá de abrir as suas portas à colaboração externa. (CAVALCANTI, 1951b, pp. 14-15)

A delegação legislativa proposta por Cavalcanti, por mais paradoxal que seja, adquire contornos liberais e até democráticos em certo sentido. Primeiramente, o modelo de referência vinha de países de tradição liberal, tais como Inglaterra e Estados Unidos, não esvaziando o Legislativo na sua função precípua de definir as diretrizes gerais a partir de critérios predominantemente políticos. As competências normativas exercidas pelo Executivo seriam “*suplementares*” e “*secundárias*”, mas necessariamente “*flexíveis*” e “*discricionárias*” por sua natureza técnica. Por sua vez, essa obra legislativa se completaria com a participação de conselhos técnicos, havendo a participação de setores da sociedade civil. Tratava-se da proposta de intervenção tendencialmente liberal, preocupada não apenas em ampliar os poderes do Estado, mas também em delimitá-los.

No ano de 1955, Cavalcanti publicou o artigo *O princípio da separação dos poderes e suas modernas aplicações*.<sup>211</sup> De plano, o autor registrou que o sistema representativo e a separação de poderes, além de condições da liberdade, eram as bases do direito constitucional moderno. Mesmo registrando a importância dos antecedentes históricos da separação de poderes - Cavalcanti destaca as obras de Locke, Montesquieu e até de Rousseau! -, tal princípio deveria ser compreendido a partir das peculiaridades históricas de cada época, sobretudo levando-se em consideração os diferentes sistemas de governo. No presidencialismo a supremacia do parlamento “*cederia o seu lugar ao controle jurisdicional que se exerce através dos tribunais, com uma independência maior do executivo em face do legislativo.*” (CAVALCANTI, 1955c, p. 02)

---

<sup>211</sup> O texto consta da obra *Cinco Estudos* publicada pelo Instituto de Direito Público e Ciência Política da Fundação Getúlio Vargas/RJ. Cavalcanti era o presidente do conselho diretor de tal instituto, tendo como integrantes os juristas Barbosa Lima Sobrinho, Bilac Pinto, Caio Tácito, Carlos Medeiros Silva, Hermes Lima, João Mangabeira, San Tiago Dantas, Seabra Fagundes e Victor Nunes Leal. A obra é composta por cinco artigos, três da lavra de Cavalcanti, um de Medeiros Silva e o último de Nunes Leal.

À sua época, segundo o jurista, a “*tendência manifesta*” era a concepção de um regime mais “*flexível*”, a partir de “*soluções técnicas*” aptas a “*fortalecer cada um dos poderes*”, a partir de uma “*colaboração*” entre eles. (CAVALCANTI, 1955c, p. 02)<sup>212</sup>

O Poder Executivo seria fortalecido pela criação de um “*poder administrativo bem estruturado*” e por meio de uma “*delegação legislativa bem orientada e devidamente controlada pelo poder delegante*.” O Poder Legislativo seria fortalecido pela criação de comissões parlamentares de inquérito, por comissões de fiscalização das atividades do Executivo afetas à ordem econômica e financeira e, finalmente, por mecanismos de fiscalização das delegações legislativas. Quanto ao Judiciário, ele seria fortalecido por meio do controle judicial da legalidade e constitucionalidades das leis e atos administrativos, bem como pela criação de tribunais administrativos com competência até para o exame do mérito dos atos administrativos e dos desvios de poder. (CAVALCANTI, 1955c, p. 03)<sup>213</sup>

Para o autor, até mesmo na teoria clássica de Montesquieu os poderes não estariam isolados uns dos outros, podendo diferentes funções se confundir em uma mesma autoridade.<sup>214</sup> Do ponto de vista moderno, estava superada a leitura equivocada de Montesquieu, tendente a uma visão estanque da relação entre os poderes. O que definiria o quadro eram as “*interferências, universalmente admitidas*

---

<sup>212</sup> Cavalcanti registra que ante as circunstâncias de cada país era “*comum*” a hipertrofia de algum poder. Na Inglaterra o Parlamento, nos Estados Unidos o Judiciário (ele destaca a obra de Lambert intitulada *Le gouvernement des juges*) e no Brasil o Executivo. Para o autor essa hipertrofia tinha que ser eliminada, mas não pela “*mutilação*” das funções e sim por um sistema “*eficaz de controles*”. (1955c, p. 08)

<sup>213</sup> Cavalcanti fala em “*contrôle do mérito, da legitimidade e da moralidade dos atos administrativos pelo poder jurisdicional*.” Também, o autor advogava a criação de tribunais administrativos especializados, com funções “*quase judiciais*”. (1955c, pp. 09; 10).

<sup>214</sup> Cavalcanti, citando Charles Einsenmann, “*nenhuma dessas três autoridades é ao mesmo tempo senhora da integralidade de uma função, absoluta no exercício dessa função e especializada nessa única função. [...] Os órgãos do Estado não estão portanto inteiramente separados funcionalmente no sistema de Montesquieu*.” (apud CAVALCANTI, 1955c, pp. 04-05).

*hoje*”: a delegação legislativa, o direito de veto e o controle judicial da legalidade dos atos administrativos.<sup>215</sup>

No Brasil, haja vista o extremismo que o princípio da separação dos poderes teria tomado, chegando a ser cunhado como “*independência dos poderes*”, a delegação legislativa fora proibida expressamente no texto constitucional, gerando as “*mais graves consequências*.” Para o autor, a constituição ignorava uma realidade do mundo moderno. Mesmo com tal proibição ocorreriam “*fórmulas oblíquas*” para efetivar a delegação legislativa. O apego idealista da constituição ao dogma da independência dos poderes ignorava que o moderno intervencionismo estatal ocasionava uma multiplicação do poder normativo, notadamente em matérias técnicas para as quais o parlamento não estava preparado. (CAVALCANTI, 1955c, p. 12)<sup>216</sup>

Cavalcanti reitera aquela concepção de delegação legislativa manifestada no texto de 1951. Para ele, seria a descentralização do poder normativo a um órgão tecnicamente mais preparado, definindo o legislador, todavia, as diretrizes políticas e os *standards* jurídicos, técnicos e científicos. Outrossim, o parlamento deveria fiscalizar a execução dessa delegação a fim de evitar abusos, mantendo o monopólio da “*política legislativa*”. Melhor seria prever e limitar as delegações legislativas do que admitir a corriqueira prática de abuso do poder regulamentar pelo Executivo. (CAVALCANTI, 1955c, p. 12)<sup>217</sup>

---

<sup>215</sup> A partir de Harold Laski (*Grammaire de la politique*), Cavalcanti afirma que “*era impossível definir a zona respectiva desses três poderes, no ponto em que cada um fica independente e supremo na sua própria esfera*.” (1955c, p. 07)

<sup>216</sup> “*As consequências dessa proibição são as mais graves, porque sendo ela a negação de uma realidade, numerosas são as fórmulas oblíquas por meio das quais o preceito é desrespeitado. [...] Não é possível desconhecer a realidade, estabelecendo sistemas puramente abstratos e que não atendem à experiência e às necessidades da vida política e administrativa*.” (CAVALCANTI, 1955c, p. 07)

<sup>217</sup> “*Essas precauções, como já dissemos, devem consistir primeiramente na determinação dos limites da função delegada. Esses limites se destinam a evitar que o Poder Executivo, a quem deve ser outorgada a função legislativa, por via de delegação, não possa tomar medidas e providências restritivas dos direitos individuais não previstas no ato de delegação. [...] A delegação legislativa exige, entretanto, uma contraprestação, que é o aumento do controle político, administrativo e econômico dos atos praticados pelo Poder Executivo*” (CAVALCANTI, 1955c, p. 14). Em texto do ano de 1959 Cavalcanti mais uma vez aponta para o exercício de competências normativas por órgãos do Executivo à margem da Constituição. O jurista continuava a reclamar por uma

Tal concepção também pode ser encontrada em texto do ano anterior (*Quatro Estudos* – 1954b). Segundo o jurista, o tradicional poder regulamentar do Executivo seria insuficiente para lidar com os problemas técnicos envolvidos na moderna legislação, haja vista que tal competência era “*subordinada às determinações dos preceitos legais*”. Dessa forma, não obstante o “*retardamento na evolução do sistema*” (1954b, p. 46) por culpa da Constituição ainda assim seria possível interpretar esta de modo flexível, no sentido de atribuir ao Legislativo apenas o “*monopólio da política legislativa*”, permitindo-se as delegações sob a vigilância do Congresso Nacional. (1954b, p. 46) <sup>218</sup>

Ao lado da *função legislativa*, responsável pela *política legislativa* e a cargo do Congresso Nacional, haveria um *poder normativo* afeto à *técnica legislativa* e passível de ser delegado (e controlado) pelo órgão delegante.

Mais uma vez os modelos estrangeiros são usados como o referencial de modernidade:

[...] os americanos do norte imaginaram uma certa atividade que não sendo legislativa é *quasi legislativa*. [...] os países da Europa enveredaram francamente pelo regime da delegação legislativa e os Estados Unidos conseguiram superar as dificuldades surgidas na administração do presidente Roosevelt, para admitir, já agora, a legitimidade dessa delegação. (CAVALCANTI, 1955c, p. 13)

---

regulamentação constitucional ao tema, sobretudo pela previsão de mecanismos de controle. “*Êstes são os principais fatos a exigir exame, não para condená-los, mas para atender à realidade, não através de reformas de emergência, mas de reformas de base que atendam ao mecanismo novo, permitindo: [...] 4) a regulamentação efetiva do regime de delegações legislativas exercidas abusivamente por alguns órgãos como a SUMOC, as comissões de tarifas e o próprio Governo no seu poder de emitir. Abusivamente, porque sem contrôlo, a não ser muito remoto através do Judiciário.*” (CAVALCANTI, 1959a, p. 08)

<sup>218</sup> “*O sistema constitucional brasileiro, nesse particular, merece ligeira crítica porque não atinge, na parte legislativa, o grau de maturidade que já atingiram outros povos, notadamente os Estados Unidos e a França, onde existe o regime da delegação de poderes. [...] Há um cem número de leis de natureza técnica que exigem certo número de normas que só podem ser elaboradas por especialistas e que são deformadas na elaboração por um órgão tão numeroso quanto o Congresso Nacional.*” (CAVALCANTI, 1954b, p. 46)

Tais delegações legislativas seriam essenciais dentro do modelo de concessões de serviços públicos. Mais uma vez o jurista se reporta ao modelo norte-americano, registrando que, naquele país, havia contratos de execução de *public utilities* e não de concessão em sentido estrito. Nos Estados Unidos, o modelo era concebido a partir de contratos por tempo indeterminado, cuja execução era acompanhada por órgãos federais ou estaduais denominados “*comissions*”. Tais órgãos possuíam funções “*quase judiciais*” e “*quase legislativas*”. Eles detinham “*amplo poder normativo; acompanham a execução dos contratos, estabelecem suas normas e, afinal resolvem tôdas as dificuldades que existem sôbre o assunto.*” Segundo o autor, esse modelo estava colhendo um “*grande resultado*”. (CAVALCANTI, 1954a, p. 36)

A delegação legislativa não representava, em absoluto, uma “*quebra dos princípios fundamentais da separação dos poderes*”. Era, em verdade, uma forma de colaboração dos poderes em vista da atividade estatal como um todo.<sup>219</sup> Como já afirmado no texto de 1951, uma vez promovida a delegação legislativa, as funções delegadas passariam a compor as competências típicas do órgão delegado, estabelecendo-se uma relação de hierarquia entre a lei e as normas emitidas com base na delegação.

Quando se fala em poder quase legislativo, como em poder quase judicial, expressões comuns na jurisprudência e na terminologia legal dos Estados Unidos, não se cogita propriamente de função delegada, mas de exercício de função própria, que não exclui a atividade legislativa, nesses mesmos setores em posição hierárquica superior, pelo poder que tem competência específica para legislar, que é o Congresso. (CAVALCANTI, 1955c, p. 14)

Cavalcanti conclui que o “*drama*” do Estado moderno era o “*fato indiscutível e irreprimível*” do crescimento do poder econômico, que por sua vez favorecia o crescimento do Poder Executivo. A este deveriam ser fornecidos os mecanismos adequados de governo, entre eles, a

---

<sup>219</sup> “[...] os poderes se interpenetram, cada um contribuindo com uma parcela na complementação da atividade dos outros e é justamente por meio dêsse contrôlle recíproco e dessa colaboração inevitável, que se pode atingir o objetivo político da separação dos poderes, qual seja a garantia das liberdades individuais, a reação contra o poder absoluto, a implantação do arbítrio, a competência irrestrita e ilimitada.” (CAVALCANTI, 1955c, p. 14)

ampliação de seu poder normativo. De outra banda, a fim de conter a sua hipertrofia, era preciso conceber meios de controle tanto no Legislativo como no Judiciário, já que os três poderes deveriam ser fortalecidos, afinal os “*problemas do Estado são novos, também novas fórmulas de governo e de administração devem ser criadas.*” (CAVALCANTI, 1955c, p. 20)

Cavalcanti defendia a reforma da Constituição de 1946. Se antes ele invocava uma “*política*” e “*flexível*” interpretação da Constituição a fim de evitar o desgastante conflito entre a norma e a realidade (vide *A Constituição de 1946*. In. **Revista de Direito Administrativo**. Vol. VII. Jan/Mar. Rio de Janeiro: 1947a, p.01-04), agora, o jurista passava a adotar a reforma constitucional como a melhor alternativa para constitucionalizar práticas inconstitucionais, entre elas, uma “delegação legislativa” que ocorria à margem da Constituição.<sup>220</sup>

Na introdução da obra *A Constituição Federal Comentada* (1956a), o autor mantém seu ataque ao modelo constitucional de 1946. Este tinha incorrido em retrocesso ao tentar impedir a “*interpenetração dos poderes, princípio mais de acordo com os modernos processos de governo.*” (1956a, p. 12). Os constituintes tinham perdido a oportunidade de prever uma ação normativa ampla por meio da delegação legislativa, a exemplo dos EUA, onde se havia ampliado o poder normativo do executivo. Tratava-se de uma “*Constituição liberal, de fundo democrático, tímidamente progressista,*” tornando-se necessária uma reforma do sistema. (1956a, p. 12)

Em seus comentários à Constituição de 1946, Cavalcanti não perdeu a oportunidade para tecer críticas ao artigo 36 da constituição, aquele que vedava a delegação de poderes.

---

<sup>220</sup> “[...] *tôda Constituição deve estar potencialmente em condições de ser revista, principalmente em uma época de profundas transformações sociais e econômicas. Em uma época como esta, em que os acontecimentos e os fatos procuram superar a própria lei, existe sempre o perigo que esse desequilíbrio atinja as esferas institucionais, naquilo que interesse a própria estrutura constitucional. O risco maior será, assim, uma prática inconstitucional, com grave lesão ao regime. O esforço deve, então, consistir na institucionalização daquelas práticas que convém integrar no sistema constitucional, criando-se, também, condições para um ajustamento da lei ao fato*” (CAVALCANTI, 1959a, p. 09). As reformas reclamadas pelo autor iam além da constitucionalização das delegações legislativas, eram de ampla ordem política e administrativa; muitas delas (a reforma administrativa, por exemplo) de fato vieram a ocorrer (Decreto-lei 200/1967), mas não por uma reforma constitucional, mas após golpe de 1964.

É interessante destacar como o autor procurou traçar uma diferenciação terminológica, propondo que o princípio da “*independência*” entre os poderes fosse interpretado como “*divisão*” de poderes. Aquela conduzia a uma “*separação extremada*” subtraindo a “*elasticidade sempre recomendável*”; enquanto esta possibilitaria uma “*organização mais racional*” por meio de delegações legislativas. (1956a, p. 446). Segundo o autor, melhor do que proibir seria “*deixar à prática constitucional a solução do problema*”, como fizeram os americanos, deixando ao próprio legislativo a prerrogativa de escolher sobre a delegação.

Mais uma vez Cavalcanti procurou diferenciar a delegação legislativa do poder regulamentar, haja vista os estreitos limites dessa competência tipicamente administrativa. (1956a, p. 447).

Na obra *Teoria do Estado* (1958a) o jurista dedicou um capítulo ao tema da “*função legislativa*”. Em grande parte reproduz ali o teor do artigo *O Estado e a ordem econômica – Problemas de técnica legislativa* (1951b), mas algumas inovações são dignas de registro. O jurista manteve seu entusiasmo pelas delegações legislativas e continuou apontando as deficiências do Legislativo para lidar com os desafios técnicos que o mundo moderno impunha, sobretudo no campo econômico.

Segundo tal obra, havia duas alternativas para reduzir essas deficiências e contribuir para que o parlamento exercesse em plenitude sua função política: a delegação legislativa e “*certa técnica de elaboração da lei*” (1958a, p. 399). Esta última não era propriamente uma delegação legislativa, mas uma “*moderna técnica*” em que a colaboração do Executivo não transcenderia às suas normais competências, estando subordinado ao legislador, muito embora sua “*larga margem*” de discricionariedade normativa.

[...] sem ter a forma de delegação, entretanto, deixa ao Poder Executivo larga margem para disciplinar as atividades reguladas pela lei ordinária. Os americanos chamam isso de “standard” legislativo. Os critérios são fixados pelo legislador. Não há, aí, propriamente delegação. Há, na realidade, grande margem deixada ao Poder Executivo para, dentro dos princípios fixados pelo Parlamento, completar a obra legislativa. Esse recurso talvez possa ser explorado com mais eficácia principalmente nas leis de caráter econômico, [...] O Poder Executivo fica com certa margem de atividade,

dentro da qual pode exercer sua função executiva e completar as lacunas deixadas pelo legislador. (CAVALCANTI, 1958a, pp. 399-400)

Tal modelo exigia um corpo de técnicos que trabalhassem “*longe das influências políticas*”. (1958a, p. 403). Segundo Cavalcanti, o Brasil não tinha órgãos administrativos capazes de assumir tal responsabilidade.<sup>221</sup> Aqui, além de haver leis rígidas, ainda faltava uma burocracia tecnicamente preparada e suficientemente distante de influências políticas. Não obstante, ante a resistência constitucional às delegações legislativas, o problema normativo nacional poderia ser resolvido por esse canal. Como um exemplo aproximado - muito embora à revelia de lei e da Constituição -, Cavalcanti citou a SUMOC, que exercia funções delegadas, mesmo sem lei. O Judiciário havia acabado por reconhecer sua legalidade “*naturalmente diante do fato consumado e na ausência de outra lei anterior que estabelecesse limitação ao Poder Executivo*.” (1958a, p. 405).<sup>222</sup>

Era necessário reconhecer essa situação de fato, que vinha de longa data. Segundo Cavalcanti, já na Primeira República importantes juristas admitiam autorizações legislativas “*que se traduziam em uma espécie de ampliação do poder regulamentar*”. (1958a, p. 405). Cita Pimenta Bueno, Carlos Maximiliano, João Barbalho, destacando Hermes Lima que havia proposto a revisão da Constituição de 1891 a fim de que se reconhecesse “*a realidade de uma situação de fato que é a prática das delegações legislativas [...] cujas vantagens não podem ser contestadas*.” (1958a, p. 406).

---

<sup>221</sup> Dentro do quadro das delegações legislativas, as comissões técnicas seriam instrumentos relevantes no “*moderno mecanismo do poder executivo*”. “*A administração pública precisa, para a boa eficiência de seus serviços, de um corpo técnico especializado, que auxilie na solução de certos problemas estranhos à competência dos funcionários puramente burocráticos. Essa colaboração pode ser exercida, ou pelos funcionários técnicos, ou por meio de Conselhos constituídos de pessoas de reconhecida capacidade técnica, que opine e ofereça soluções para os assuntos sujeitos à sua apreciação. [...] Em todos os países do mundo, os Governos têm recorrido a tais processos administrativos*.” (CAVALCANTI, 1958a, p. 425)

<sup>222</sup> Trata-se da Superintendência da Moeda e do Crédito (SUMOC) criada pelo Decreto-lei n.º 7.293/1945, tinha o objetivo de exercer o controle do mercado monetário e preparar a organização do Banco Central. Entre outras competências, cabia-lhe estabelecer a orientação da fiscalização dos bancos, da política de câmbio e das operações bancárias em geral.



Apesar da rigidez da Constituição de 1946 (art. 36), as delegações legislativas eram uma imposição dos fatos, havendo no país uma “*longa tradição*” a aboná-las. A norma escrita deveria ser interpretada a partir da norma não escrita.<sup>223</sup> Para tanto, Cavalcanti mais uma vez sustenta-se no argumento de autoridade de Ruy Barbosa:

*“[...] o uso da faculdade regulamentar delegada, pela sua controversidade e pela sua amplitude, constitui um verdadeiro direito consuetudinário cuja autoridade só negará quem desconheça que as constituições escritas, ainda quando provam da rigidez inculpada no tocante à americana, são dominadas, amoldadas e transformadas pelas Constituições não escritas que a evolução da vida real lhes impõe”.* (CAVALCANTI, 1958a, p. 405)

É curioso que, ao final desse capítulo Cavalcanti repita o texto da obra *Instituições de Direito Administrativo Brasileiro* (1938a), que tratava dos decretos-leis nos Anos 30.

Além da necessidade de comissões técnicas, Cavalcanti frisava, citando James Landis, ser essencial a especialização do Poder Judiciário, que deveria ser mais que um instrumento de garantia do ordenamento jurídico, mas também em um dos pilares do equilíbrio social e econômico. Lembrava que alguns países (EUA e Inglaterra) vinham adotando comissões administrativas com atribuições “*quase judiciais*”. Segundo Cavalcanti, o que caracterizava essa atividade “quase judicial” era o “*relativo arbítrio do juiz, isto é, uma subordinação menor à lei, prevalecendo um critério mais administrativo (conveniência, oportunidade) do que puramente legal.*” (1958a, p. 525)

Analisando a “*crise constitucional*” de seu tempo (1962a), Cavalcanti apontava o descompasso entre diversas estruturas constitucionais e a realidade da época, reclamando reformas.<sup>224</sup>

---

<sup>223</sup> Atualmente, muitos autores facilmente invocariam a tese da “mutação constitucional” para legitimar as delegações legislativas, como o fazem para justificar os poderes normativos das “modernas” agências reguladoras

<sup>224</sup> “*O fato mais sensível, entretanto, é que o progresso tecnológico, o desenvolvimento industrial, atuando decisivamente na estrutura social e no comportamento dos homens, terá necessariamente que impor novas técnicas de governo e novas estruturas constitucionais. [...] Ressalvados os princípios, a nosso ver, insubstituíveis, da ética cristã, tudo se transformou. Devemos procurar, assim, novas formas, novas estruturas. [...] Não se compreende a*

Exigências de reforma da Constituição de 1946 já podiam ser vistas no prefácio à terceira edição da obra *A Constituição Federal comentada* (1956a).

Merecem transcrição as palavras do autor:

Era intenção nossa, não publicar a 3ª edição desta obra, [...] Consideramos também precária a vida da Constituição vigente, pela necessidade de uma reforma de base nas instituições, no sentido de permitir maior equilíbrio no funcionamento dos poderes, pondo termo aos caprichos dos grupos partidários. Cedemos, entretanto, às instâncias dos nossos editores, [...]. (CAVALCANTI, 1956a, prefácio)

Entre os temas, destacou a “*separação demasiada entre os poderes*” e a “*importância em articulá-los devidamente*”. O jurista é coerente em seu discurso, afirmando a mudança de perfil das leis, que passaram a ser predominantemente técnicas e ligadas a fatores

---

*insistência com que se procura conservar uma estrutura constitucional superada, sem flexibilidade, sem especialização técnica, sem eficácia para resolver as crises políticas que, periodicamente e sempre as mesmas, nos afligem.*” (CAVALCANTI, 1962a, p. 07). Esse artigo traz outros temas interessantes. Tais como o sistema soviético e sua “*democracia proletária*” que, segundo o autor, não passava de uma “*ditadura de uma classe*”. Para Cavalcanti o único modelo democrático compatível com a “*formação histórica*” e “*nossas concepções individualistas de vida*” seria o ocidental, fundado na liberdade. (1962a, p. 08). Quanto à representação política, tendo em vista os crescentes problemas técnicos era preciso repensar o sistema eleitoral a partir do “*dever das elites em face da responsabilidade que ainda têm nos acontecimentos*” e por meio de “*maiores oportunidades a uma certa parte da população com melhores recursos de cultura e educação, contrabalançando o poder puramente numérico de um eleitorado semi-alfabetizado.*” (1962a, p. 08-09). Muito embora a emenda parlamentar, na visão do autor o regime ainda conservava as características tradicionais do presidencialismo. Quanto à escolha do Presidente da República, “*esta matéria explosiva*”, Cavalcanti defendia o sistema indireto, composto por um “*eleitorado especial, constituído das forças vivas da Nação, para eleger o seu presidente, que não teria assim o direito de impor ao País a ditadura partidária.*” (1962a, p. 12), não simpatizando com a escolha apenas pelo Congresso Nacional. Por fim, confrontando as vantagens e desvantagens entre os regimes parlamentares e presidenciais, Cavalcanti conclui que, para o Brasil, a melhor alternativa ainda seria o presidencialismo, desde que fossem feitas reformas, sobretudo nas relações entre os poderes e “*fora dos quadros partidários*”. (1962a, p. 13)

econômicos “*inacessíveis à grande maioria dos membros do Parlamento.*” (1962a, p. 11). Tal problema deveria ser enfrentado pelas delegações legislativas a “*certos órgãos técnicos*”. O “*futuro da Nação*” não poderia ser deixado à mercê de um órgão político. Posteriormente, o autor festejaria a Emenda Constitucional n.º 4, que permitiu a delegação legislativa.<sup>225</sup>

Mesmo com a delegação legislativa, como querem, não se compreende que entreguemos os nossos interesses, as grandes questões nacionais e o futuro da Nação a um organismo político, selecionado por um critério exclusivamente político. A delegação legislativa em boa hora incluída na emenda constitucional n.º 4 muito poderá contribuir para a elaboração legislativa, desde que o seu processo obedeça realmente a experiências políticas e técnicas convenientes. A elaboração legislativa só poderá lucrar se a Câmara retiver a sua função originária e conservar o seu controle político, dando à delegação uma plasticidade conveniente, mas conservando as características que deva obedecer a normas garantidoras de uma estabilidade legislativa indispensável. (CAVALCANTI, 1962a, p. 11)

---

<sup>225</sup> Trata-se da emenda de 02.09.1961, denominada “Ato Adicional”, que instituiu o sistema parlamentar de governo, figurando como Chefes de Governo (Presidente do Conselho de Ministros) e Estado (Presidente da República), respectivamente, Tancredo Neves e João Goulart. Quanto à delegação de poderes legislativos, dispunha o artigo 22: “*Poder-se-á complementar a organização do sistema parlamentar de governo ora instituído, mediante leis votadas, nas duas casas do Congresso Nacional, pela maioria absoluta dos seus membros. Parágrafo único. A legislação delegada poderá ser admitida por lei votada na forma deste artigo.*” Também, Venancio Filho, criticou o modelo legislativo adotado pela Constituição de 1946, “*Nesse período, somente em duas fases o Poder Legislativo melhor se habilitou para dar cumprimento a essa necessidade: no período do parlamentarismo (Agosto 1961-Janeiro 1963), quando através da legislação delegada se regularam aspectos vitais da economia brasileira e a partir do Ato Institucional de abril de 64, quando, com o estabelecimento de prazos fatais para a tramitação dos projetos de iniciativa do Poder Executivo, foram preparados importantes estatutos legais.*” (1968, pp. 34-35)

A reforma do Executivo devia ocasionar na descentralização dos serviços e dos órgãos, em especial pela criação de comissões especializadas e de organismos de pesquisas, como o poder normativo administrativo complementando a legislação. Até mesmo parte da função jurisdicional poderia ser distribuída a órgãos afetos à atividade administrativa. Cavalcanti faz aqui uma analogia com sua tese de que a *política legislativa* não deveria ser confundida com o *poder normativo*:

Se, portanto, o Parlamento ou o Congresso devem ter o *monopólio da política legislativa*, não podem, nem devem ter, o monopólio do poder normativo, se o Poder Judiciário deve ter o monopólio no controle final da proteção dos direitos, não precisa ter o monopólio na solução de controvérsias acessíveis aos órgãos administrativos. (CAVALCANTI, 1962a, p. 13)

Bem se sabe o desfecho político que o país viveu após a referida emenda, com o plebiscito que pôs fim ao Parlamentarismo e a posterior eclosão do golpe militar-civil. Após o regime dos atos institucionais o tema da delegação legislativa e suas cautelas foi eclipsado pela ressurreição dos decretos-leis. Inclusive, foi por meio desse expediente legislativo que o regime militar promoveu a sua reforma administrativa que, em grande parte, permanece até os dias atuais (Decreto-lei n.º 200/1967). Não obstante tenha publicado obras e artigos até a década de 1980, a delegação legislativa deixou de ser um dos temas favoritos de Cavalcanti. Aquela postura crítica do autor em relação à rigidez da Constituição de 1946 desapareceu com ela.

## CONCLUSÕES

O objetivo desta pesquisa foi estudar alguns aspectos das transformações operadas no direito público brasileiro (administrativo e constitucional), no período de 1930-1964, a partir da doutrina de Themistocles Brandão Cavalcanti. Procurou-se analisar as relações entre a doutrina juspublicista e a formação do Estado interventor no Brasil à luz da obra deste jurista.

O primeiro capítulo objetivou apresentar e contextualizar Themistocles Cavalcanti. Sua origem familiar, sua trajetória profissional e suas conexões políticas. Foram examinadas as vinculações do jurista com o movimento tenentista, sua participação no Estado Novo e sua aproximação da UDN e dos grupos militares por meio da Escola Superior de Guerra (ESG). Outrossim, visando a auxiliar no estudo das fontes, foi realizada uma comparação do perfil do autor com tipos ideais de juristas (Seelaender), inserindo-o em esquemas de compreensão (Lynch) e nas ideologias da época (Lamounier; Silva).

As conexões políticas iniciais de Cavalcanti se explicam a partir de sua origem familiar. Filho de famílias tradicionais de Pernambuco e do Maranhão, logo teve proximidade com líderes do movimento tenentista. À medida que os tenentes foram sendo promovidos a coronéis e a generais, até mesmo ocupando lugares estratégicos nos governos, Cavalcanti foi transitando pelos sucessivos regimes políticos, em sua carreira que floresceu em dois regimes democráticos e pelo menos dois ditatoriais (se não incluirmos, nestes, o Governo Provisório pós-1930).

Cavalcanti ascende ao cenário jurídico a partir da Revolução de 1930, alinhado com o movimento tenentista. Tal revolução, pelo menos ideologicamente, pretendia refundar o país. As obras de Cavalcanti são marcadas pela releitura e concepção (importação) de conceitos que estão diretamente ligados às circunstâncias políticas, seja para justificar a Constituição de 1934, recepcionar o regime de 1937 ou criticar a Constituição de 1946. Ademais, sua atuação na ESG nos anos 50 e 60, suas conferências legitimando o Golpe de 1964, sua nomeação como Ministro do Supremo Tribunal Federal e sua permanência na Corte, mesmo após o expurgo promovido pelo AI-5, são indicativos razoáveis de que o jurista era, no mínimo, alguém simpático à ditadura militar.

Quanto ao seu perfil de jurista, Cavalcanti pode ser aproximado a um *“assimilacionista-modernizante”* (Seelaender), ou seja, era um personagem atento às novidades estrangeiras e disposto a importá-las e adaptá-las a diferentes contextos. Para além de um possível deslumbramento ou ingenuidade, o uso dos conceitos estrangeiros

poderia servir como estratégia para adquirir prestígio pessoal e/ou posição social e acadêmica. Também, não se pode olvidar que havia a preocupação em fornecer uma base jurídica ao projeto político de modernização das instituições brasileiras.

Quanto à posição do jurista nas diferentes tendências políticas surgidas à época, Cavalcanti pode ser compreendido como um integrante civil das “*vanguardas modernizadoras*” (Lynch), notadamente da burocrática governante, que via no chefe de governo, apoiado por uma elite tecnocrática, o motor da modernização, privilegiando-se o Executivo em face do Legislativo. Adotando o nacional-estatismo, tais vanguardas partiam da fragilidade da sociedade civil, enxergando no Estado o agente do desenvolvimento. Dessa forma, apoiavam a intervenção estatal no domínio sócio-econômico a fim de reduzir a distância que separava o Brasil dos países centrais. Nesse aspecto, nota-se o uso estratégico da importação e da adaptação de conceitos extraídos de países considerados modernos e alinhados a modelos político-econômicos que o Brasil deveria adotar como referência.

Quanto à ideologia do autor, é possível identificar em Cavalcanti traços do “*objetivismo tecnocrático*” (Lamounier). Este “*objetivismo*” consistia na crença em uma substituição da “irracionalidade” política pela “racionalidade” técnica, ou seja, a política deveria ser conduzida por princípios racionais externos, por um saber científico mais seguro e eficaz do que a deliberação pública. Assim, a política consistiria não em um pacto ou balanceamento de interesses divergentes, mas em uma opção técnica objetivamente respaldada em um ato de vontade superior aos interesses envolvidos.

Em complemento a esta análise, também é possível encontrar na obra de Cavalcanti elementos do pensamento autoritário brasileiro, compreendido por Ricardo Virgílio da Silva como uma ideologia que conjugou as seguintes características: a) corporativismo estatal; b) a defesa dos Conselhos Técnicos, ante a ascensão da tecnocracia e a necessidade de um Executivo forte; e c) ação estatal a fim de moldar a sociedade a partir de uma lógica elitista “*de cima para baixo*”. Esta ideologia do Estado autoritário procurou legitimar: a) a supremacia do Estado sobre a sociedade; b) a prevalência do Executivo sobre os demais poderes; e c) no interior do Executivo, a dominação da tecnocracia.

No segundo capítulo, verificou-se o contexto doutrinário em que Cavalcanti estava inserido, sobretudo no que tange à delegação legislativa e à separação de poderes. Foram abordados artigos, pareceres e manuais sobre a matéria, respectivamente do Estado Novo e do pós-

1946, abordando temas pontuais de alguns publicistas da época. Examinaram-se traços de seu pensamento, comparando-o em relação a alguns autores particularmente influentes na época (Francisco Campos, Victor Nunes Leal e Bilac Pinto) e jovens juristas entusiastas do fenômeno intervencionista (Djacir Menezes).

O objetivo foi demonstrar como um temático doutrinário (delegação legislativa e separação de poderes) possui autonomia em relação aos textos constitucionais. Já presente no contexto da Primeira República, a doutrina da delegação legislativa se fortaleceu nos anos 30; e, no pós-1946, permaneceu mesmo diante de expressa proibição constitucional. Cavalcanti foi um dos autores que sustentaram esta doutrina nos diferentes momentos constitucionais, ora a partir e ora apesar da Constituição, mas ele não estava sozinho nessa empreitada.

Em síntese, foi possível constatar que Cavalcanti compartilhou com tais autores e reproduziu os seguintes aspectos: a) o reconhecimento da emergência histórica de um Estado “moderno” e “interventor”; b) a crença na necessidade de uma legislação técnica e na incapacidade do Legislativo para assumir toda a tarefa legislativa; c) a defesa da ampliação das competências do Executivo, alargando sua atuação no campo normativo; d) a adoção dos conceitos de *política legislativa* e *técnica legislativa*; e) o uso dos modelos norte-americanos e ingleses como referenciais; f) a “releitura” de “antigos” conceitos, entre eles a separação de poderes; g) a tolerância quanto às alternativas doutrinárias à margem do texto constitucional; h) a compreensão de que as delegações legislativas não eram em si mecanismos autoritários, eis que poderiam conviver com o regular funcionamento dos parlamentos e funcionar como ferramentas jurídicas adequadas à modernização do aparelho estatal.

No terceiro capítulo foi analisada mais diretamente a obra doutrinária de Cavalcanti, abordando-se manuais, artigos e conferências proferidas pelo autor entre as décadas de 30 a 60. O jurista procurou repensar o direito público a partir e além das raízes liberais. Por meio de sua obra é possível afirmar que o “*necessário*” intervencionismo estatal afetou substancialmente o “velho” e liberal direito administrativo e constitucional. Outrossim, na ausência da constituição ou à margem de suas cláusulas, as releituras conceituais poderiam ocorrer mais facilmente no âmbito do direito administrativo.

Em Cavalcanti, a perspectiva histórica do direito administrativo brasileiro retratava a maneira com que ele vislumbrava o passado e o futuro da disciplina à qual se dedicou. Verificamos que o autor concebia o período pós-1930 como o início de uma nova era no campo jurídico

administrativo, em especial se comparado com o período anterior (Primeira República).

O conceito de direito administrativo em Themistocles Cavalcanti mostrava o esforço do autor em distinguir tal ramo jurídico de outros saberes, afirmando sua autonomia e traçando seu âmbito de alcance. Refletia o desejo de modernização da disciplina ante as noções de serviço público e intervenção estatal, servindo, também, para indicar as preferências doutrinárias do autor.

No tema das fontes do direito administrativo, verificou-se a preocupação do autor em afirmar a autonomia do campo. Por meio da análise das fontes foi possível medir a influência dos diferentes agentes e instituições nas definições e transformações no interior da disciplina. Ou seja, além da importância técnica, o tema das fontes ajudou a revelar os “senhores do direito”, os setores e instituições vistos como aptos a forjar e modificar o ramo jurídico. Destacam-se aqui o amplo conceito de legislação, a importância da jurisprudência, das práticas e costumes administrativos e, sobretudo, o relevante papel dos doutrinadores.

Também foi útil para a pesquisa a releitura de Cavalcanti acerca da dicotomia entre *direito público e privado/Estado e Sociedade civil*, que para o jurista não mais se sustentava. Foi possível notar a preocupação do autor em justificar a intervenção do Estado em campos até então considerados preferencialmente privados, bem como sua tentativa de emprestar do direito privado conceitos e técnicas sem, com isso, eliminar a autonomia do direito público. A crescente intervenção do Estado reclamaria uma superação das distinções clássicas, a ponto de público e privado se influenciarem reciprocamente.

Para Cavalcanti a intervenção estatal era “*um dos temas atuais e mais fascinantes do direito moderno.*” Em meio a um mundo técnico e em constante revolução, as instituições políticas e administrativas deveriam passar por uma reforma. A grande crise do Estado moderno estava justamente no choque entre as velhas ideias e os novos desafios.

Segundo o jurista “*o direito administrativo é uma consequência da ampliação da intervenção do Estado em setores até há pouco imunes à sua influência*” (1943b, p. 469). Isso se sentia no campo do poder normativo da Administração, dos serviços públicos, das autarquias e das empresas estatais. Deveriam ser repensados os modelos liberais sobre os quais teriam sido construídas a maioria das instituições políticas e administrativas no Brasil. Entretanto, para Cavalcanti, a inadequação do liberalismo frente ao intervencionismo não redundava em uma total negação daquele.



Cavalcanti afirmava que a doutrina liberal “*anti-intervencionista*” “*não tem mais oportunidade*”. (1938a, p. 542). O estudo do desenvolvimento do Estado demonstrava que, se de um lado o Estado liberal não tinha mais lugar, o velho “*Estado polícia*” também não satisfazia. As funções estatais cada vez mais estavam se ampliando rumo a uma “*intervenção progressiva*”. (1938a, p. 542). Para o jurista, o fenômeno interventivo era irrefreável, sendo da essência do modelo de Estado considerado “moderno” à época. O grande desafio seria pensar uma estrutura política e administrativa adequada à intervenção, ou seja, um novo regime jurídico.

Nomeadamente após a 2ª Guerra Mundial, Cavalcanti via a intervenção estatal na economia dividida entre os partidários da intervenção “socializante” de perfil soviético e os da intervenção própria dos países ocidentais, destacando-se o modelo norte-americano. Na primeira perspectiva a intervenção era assimilada ao totalitarismo de Estado, representando o fim das liberdades individuais. Na segunda havia a alternativa de um modelo de intervenção que preservaria as liberdades e guardaria compatibilidade com a democracia.

Cavalcanti buscou conciliar os princípios essenciais do liberalismo com a proposta intervencionista, até mesmo para refutar a acusação de que o Estado interventor seria o embrião de uma teoria totalitária. Procurou adotar um tom “conciliador”, até mesmo como uma estratégia para não se comprometer com regimes políticos que poderiam na manhã seguinte ser depostos. As instituições liberais teriam falhado na construção de um equilíbrio de interesses durante a Primeira República não por causa da intervenção do Estado, mas justamente pela ausência ou deficiência dessa intervenção. Por isso o autor enfatizava a necessidade de um “*reajustamento de princípios*.” (1943, p. 469).

Para ele, haveria um tipo de intervencionismo em prol do “bem comum” e contra os interesses oligárquicos prejudiciais ao interesse público, que garantiria aos cidadãos os direitos liberais elementares, “*coisas tão caras à civilização*” (1943, p. 469). Portanto, o conceito de Estado interventor não redundava necessariamente na negação dos direitos de matriz liberal. Convém registrar, no entanto, que essa garantia de direitos liberais não se confunde com participação popular. O pensamento do autor se caracteriza, ora mais ora menos, por uma tendência elitista e por uma preocupação em “conter” a democracia que às vezes pregava.

Atrelada a esta perspectiva interventiva do Estado, foi analisado o viés corporativista da obra do autor, mais explícito no regime pós-1937. Desde seus textos da década de 30 (*Às margens do ante-projeto*

*constitucional*) até os da década de 60 é possível encontrar traços, mesmo que não explícitos, do pensamento corporativista. Porém, a fase em que mais o autor assumiu o corporativismo, por razões óbvias, foi de 1937 a 1945, período em que traduziu a obra do jurista francês Roger Bonnard. Até mesmo nos seus manuais de direito administrativo o tema do corporativismo aparece, em especial quando Cavalcanti trata de autarquias, conselhos técnicos e intervenção estatal na economia e seus desdobramentos.

Quanto à democracia, a representação corporativa seria uma alternativa ao “*ultrapassado*” sufrágio universal, possibilitando a real participação política por meio das corporações, em que haveria um “sujeito concreto” inserido em uma realidade produtiva. Tal representação propiciaria uma democracia moderada e, sobretudo, “controlada”. (CAVALCANTI, 1938c, p. 37).

No que tange às delegações legislativas e à ampliação dos poderes do Executivo, é possível afirmar que:

a) no período de 1930-1937: o autor foi um entusiasta das delegações legislativas e do corporativismo tanto durante a Comissão do Itamaraty quanto em seu escrito *À margem do ante-projeto constitucional* (1933);

b) no período de 1937-1946: as fontes do período indicam a defesa da Carta de 1937 pelo autor, notadamente quanto à conveniência dos decretos-leis e a previsão expressa do modelo corporativista. Ainda sob a vigência da Constituição de 1934, que proibia expressamente as delegações de poderes, Cavalcanti já tinha oferecido uma doutrina legitimadora dos decretos-leis; e

c) no período de 1946-1964: analisando as fontes do período é possível afirmar que Cavalcanti foi um crítico do novo texto constitucional, que teria acertado nos fins (Estado Interventor democrático), mas errado nos meios, sobretudo ao adotar uma postura rígida contra as delegações legislativas. O caminho sugerido pelo jurista para contornar tal proibição foi a adoção dos modelos norte-americano e inglês, a releitura do princípio da separação dos poderes enquanto uma “*colaboração*” e a propagação da doutrina de que caberia ao legislador apenas fixar os princípios gerais da “*política legislativa*”, cabendo ao administrador, por meio de comissões e conselhos técnicos, a definição da “*técnica legislativa*”.

Construída a partir, apesar ou além dos textos constitucionais, a obra doutrinária de Themistocles Cavalcanti “importou” ideias e autores estrangeiros dos mais variados matizes, às vezes sem muita coerência epistemológica ou mesmo política, com vistas a racionalizar conceitos e

instituições ante a “*imposição dos fatos*”. Com isso contribuiu para formar uma cultura jurídica administrativa/constitucional que encontraria nas releituras, adaptações e até distorções de modelos estrangeiros um dos seus principais espaços de criatividade.

As transformações no direito público parecem ser mais fáceis de ocorrer ao nível do direito administrativo do que do direito constitucional, seja pela “imutabilidade” das cláusulas constitucionais, seja pelo valor político-simbólico das constituições. Ou seja, as “mutações constitucionais” se operam mais facilmente a partir do direito administrativo. Isso ganha maior significado se for levada em consideração a instabilidade constitucional do período vivido por Cavalcanti. Sobretudo no pós-46, parece que a máxima de Otto Mayer se inverte, enquanto o direito constitucional permanece formalmente, as “reformas constitucionais” se operam por meio do direito administrativo, especialmente na doutrina.

Para evitar a descrença na constituição, o conflito entre o “*espírito*” e a “*realidade*” constitucional deveria ser evitado, já que, segundo o autor, haveria uma tendência de que a força dos fatos superasse a força das normas. Por isso era preferível uma flexível interpretação da constituição, adaptando-a à realidade, do que uma rígida aplicação que só traria decepções. Para Cavalcanti, os fatos é que tinham força normativa. Tal lição é deveras sugestiva no que toca à separação de poderes, pois, se de um lado a nova constituição proibira as delegações, havia, no entanto, uma prática constitucional que a autorizava.

O jurista propunha uma delegação legislativa diferente do que hoje temos como “lei delegada”. O Legislativo delegaria um amplo poder normativo ao Executivo, estabelecendo apenas as diretrizes políticas e os *standards* jurídicos, técnicos e científicos. Tal delegação não teria o condão de transferir o poder de legislar, mas sim de conceder ao Executivo um poder normativo “*quasi legislativo*”. Dessa forma, o Legislativo manteria o monopólio da “*política legislativa*”, mas não do poder normativo; já o Executivo poderia exercer um poder normativo de perfil técnico, sob a autorização do Legislativo.

Entretanto, essa delegação legislativa, por ser “*contrária ao princípio básico da separação dos poderes em sua expressão pura e ideológica*”, deveria ser cercada por precauções. Primeiramente, deveriam ser definidos os limites da delegação, a fim de que o Executivo não pudesse adotar medidas restritivas aos direitos individuais não estabelecidas no ato de delegação. Também, para possibilitar um controle político da delegação, deveriam ser criadas

comissões parlamentares que evitassem a hipertrofia do Executivo e vigiassem o exercício da delegação. Cavalcanti em várias oportunidades denunciou, no entanto, que o Legislativo da época carecia de estrutura e preparo para tanto.

Em síntese, as delegações legislativas seriam uma importante ferramenta para lidar com os desafios impostos pela intervenção estatal, sobretudo em um momento de urgente modernização das estruturas do Estado e da economia. A preocupação de Cavalcanti era pensar em mecanismos que propiciassem uma intervenção adequada e limitada por normas de natureza mais técnica do que política. Por isso propunha a separação entre a política legislativa, a cargo do Poder Legislativo, e a técnica legislativa, a cargo do Executivo. Quanto à última, a existência de comissões administrativas compostas por representantes dos setores produtivos e representantes do governo, seria um bom meio para produzir uma legislação técnica e rápida, estimulando a “*participação científica*” da sociedade civil, organizada a partir dos setores produtivos. Nesse aspecto, pode-se dizer que mesmo após a Constituição de 1946 o autor se manteve, ao menos implicitamente, fiel à sua visão política corporativista.

Entendo, portanto, que foi possível confirmar as hipóteses levantadas inicialmente.

Para Cavalcanti, o intervencionismo estatal era uma “*imposição dos fatos*”. Não se tratava de uma escolha política, mas de um modelo necessário à modernização estatal, o qual deveria ser adequadamente formulado e aplicado a partir de dados técnicos e longe de discussões ideológicas.

Ante as diferentes propostas intervencionistas, Cavalcanti adotou como referenciais teóricos o corporativismo, durante o Estado Novo; e, os modelos norte-americanos e ingleses, durante a redemocratização. Assim sendo, procurou manter-se fiel à sua tradição liberal, mas aberto às novidades das diferentes propostas intervencionistas. Dessa forma, manteve-se próximo aos “antigos” liberais sem se distanciar dos “modernos” intervencionistas.

Uma das alterações operadas pelo Estado de perfil interventor foram as delegações legislativas. O jurista foi um permanente defensor das delegações legislativas ampliando os poderes normativos do Executivo, independentemente das disposições constitucionais. Dentre os diferentes argumentos, Cavalcanti defendeu as delegações a partir de imperativos de ordem técnica, como relevantes instrumentos da intervenção estatal. Durante o Estado Novo se antecipou à Carta e ofertou uma doutrina legitimadora dos decretos-leis. No período pós-

1946 ofereceu uma doutrina destinada a flexibilizar - até à distorção - a interpretação da Constituição. Paralelamente às delegações legislativas, Cavalcanti propunha uma “justiça administrativa”, ou seja, a criação de uma repartição do Judiciário destinada apenas aos assuntos envolvendo o direito administrativo.

Cavalcanti dedicou-se à advocacia, mas após a Revolução de 1930 passou a assumir cargos públicos estratégicos, inclusive durante o Estado Novo. Pós-1946 o jurista assumiu temporariamente a Consultoria-Geral da República, refugiando-se no mundo acadêmico após a queda de Carlos Luz. Ressurgiu no cenário da burocracia estatal pós-1964, quando foi nomeado a Ministro do Supremo Tribunal Federal e convocado pelo regime para auxiliar a reformulação de seus “fundamentos constitucionais”. É difícil afirmar, à vista de toda a sua obra, quais foram as transformações operadas em suas ideias políticas e jurídicas. Entretanto, é razoável sustentar que o jurista, no que tange às delegações legislativas e à exaltação do Executivo, manteve-se coerente nas sucessivas décadas.

Para Cavalcanti, a intervenção do Estado era um dado inevitável, devendo ser, entretanto, técnica e tempestivamente normatizada. O Legislativo não era o local adequado a esta normatização - seja pelo despreparo técnico, seja pela lentidão em suas decisões. Daí a necessidade das delegações legislativas e da ampliação do Executivo e suas comissões técnicas, compostas por uma representação aos moldes que se aproximavam do corporativismo. O tema da intervenção era de natureza técnica, portanto estranho às contingências políticas do parlamento e, sobretudo, do “perigoso” universo das democracias de massas.

A obra de Themistocles Cavalcanti merece ser explorada em vários outros aspectos. Ainda há muito a pesquisar sobre as referências doutrinárias usadas pelo autor e por seus contemporâneos (ex. Roger Bonnard, James Hart, Harold Laski), também sua atuação como membro do Tribunal de Correção em 1930, integrante da Comissão do Itamaraty, diretor do curso de Ciências Econômicas da Universidade do Brasil, ministro do STF e conferencista na ESG.

Muito embora não tenha sido o objetivo imediato desta pesquisa traçar um perfil do jurista brasileiro do século XX, os resultados aqui obtidos também podem contribuir a futuras pesquisas que tenham esta finalidade. Outrossim, é possível sugerir que algumas características permanecem no jurista do século XXI, a exemplo da importação de ideias, do elitismo e das “criativas” interpretações à margem da Constituição de 1988.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### a) Fontes primárias de Themistocles Cavalcanti

#### a.1. Década de 30

CAVALCANTI, Themistocles B. **À margem do ante-projeto constitucional (notas e apontamentos)**. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti, 1933.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Administrativo Brasileiro**. Vol. I. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: 1938a.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Administrativo Brasileiro**. Vol. II. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: 1938b.

\_\_\_\_\_. (tradutor) **Syndicalismo, corporativismo e Estado corporativo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938c.

#### a.2. Década de 40

\_\_\_\_\_. *Regulamentação dos serviços de utilidade pública*. In. **Revista Forense**. Julho. Rio de Janeiro: 1941.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Administrativo. Vol 1**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Administrativo. Vol 4**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943a.

\_\_\_\_\_. *Tendências modernas do direito administrativo*. In. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Fascículo 475, 1943b.

\_\_\_\_\_. *O Estado, a administração e os serviços públicos no mundo democrático*. **Revista do serviço público**. Vol. IV. n. 02. Nov. 1943c.

\_\_\_\_\_. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945a.

\_\_\_\_\_. *Fontes do direito administrativo*. In. **Revista de Direito Administrativo**. Vol. 1. Fascículo 1. Jan. Rio de Janeiro: 1945b.

\_\_\_\_\_. *Dos funcionários das autarquias*. In. **Revista de Direito Administrativo**. Vol. 02. Rio de Janeiro: 1945c.

\_\_\_\_\_. **Pareceres do Consultor Geral da República 1945-1946**. Rio de Janeiro: Coelho Branco, 1946a.

\_\_\_\_\_. *O Tribunal de Contas e sua competência constitucional*. In. **Revista de Direito Administrativo**. Vol. 03. Rio de Janeiro: 1946b.

\_\_\_\_\_. *Considerações sobre a elaboração legislativa*. In. **Revista Forense**. Vol. CVI. Ano XLIII. Abril. Rio de Janeiro: 1946c.

\_\_\_\_\_. *A Constituição de 1946*. In. **Revista de Direito Administrativo**. Vol. VII. Jan/Mar. Rio de Janeiro: 1947a, p.01-04.

\_\_\_\_\_. *O direito administrativo no Brasil*. In. **Jornal do Commercio**. Rio de Janeiro: 1947b.

\_\_\_\_\_. **Do mandado de segurança**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1948.

\_\_\_\_\_. *A ordem econômica nas Constituições*. In. **Revista Forense**. Vol. CXXII. Ano XLVI. Fascículo 549. Março. Rio de Janeiro: 1949.

### **a.3. Década de 50**

\_\_\_\_\_. **Direito, Política, Economia**. Aula Inaugural dos curso universitários. Rio de Janeiro: Oficina Gráfica da Universidade do Brasil, 1951a.

\_\_\_\_\_. *O Estado e a ordem econômica – Problemas de técnica legislativa*. In. **Revista de Direito Administrativo**. Vol. 25. Jul/Set. Rio de Janeiro: 1951b.

\_\_\_\_\_. **Organização constitucional brasileira**. ESG. 1952a.

\_\_\_\_\_. **Organização administrativa brasileira**. ESG. 1952b.

\_\_\_\_\_. **O poder nacional – seus fundamentos políticos; instrumentos da ação**. ESG. 1952iii e 1953a

\_\_\_\_\_. **O planejamento no campo político interno**. ESG. 1953b.

\_\_\_\_\_. *Intervenção da União no domínio econômico*. In. **Estudos sobre a Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: FGV, 1954a.

\_\_\_\_\_. **Quatro estudos**. Rio de Janeiro: FGV, 1954b.

\_\_\_\_\_. **Conjuntura nacional – os partidos políticos**. ESG. 1954c.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. 3 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954d.

\_\_\_\_\_. **Pareceres do Consultor Geral da República**. Vol. 1, maio-julho de 1955. Rio de Janeiro: Coelho Branco, 1955a.

\_\_\_\_\_. **Pareceres do Consultor Geral da República**. Vol. 2, julho-novembro de 1955. Rio de Janeiro: Coelho Branco, 1955b.

\_\_\_\_\_. *O princípio da separação de poderes e suas modernas aplicações*. In. **Cinco Estudos**. Rio de Janeiro: FGV, 1955c.

\_\_\_\_\_. *A intervenção do Estado e as suas conseqüências na estrutura administrativa*. In. **Cinco Estudos**. Rio de Janeiro: FGV, 1955d.

\_\_\_\_\_. **O direito e a ciência política**. ESG. 1955e.

\_\_\_\_\_. **Panorama atual da ciência política**. ESG. 1955f.

\_\_\_\_\_. **Evolução das doutrinas políticas**. ESG. 1955g.

\_\_\_\_\_. **A Constituição Federal Comentada**. Vol. 1. 3 ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1956a.

\_\_\_\_\_. **Organização constitucional**. ESG. 1956b.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Estado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958a.

\_\_\_\_\_. **Estado e governo**. ESG. 1958b.

\_\_\_\_\_. *Considerações sobre uma revisão da Constituição*. In. **Revista Forense**. Vol. 186. Ano 59. Nov/Dez. Rio de Janeiro: 1959a.

\_\_\_\_\_. **Organização constitucional do Brasil**. ESG. 1959b.

#### **a.4. Década de 60**

\_\_\_\_\_. **Desenvolvimento (ou subdesenvolvimento) e segurança nacional: aspectos jurídicos**. ESG. 1960.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Administrativo. Vol 2**. 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962a

\_\_\_\_\_. *A crise constitucional do nosso tempo*. In. **Revista Forense**. Vol. 197. Ano 59. Jan-Mar. Rio de Janeiro: 1962b.

\_\_\_\_\_. *A importância de Rousseau*. In. **Estudos em homenagem a J.J. Rousseau**. Rio de Janeiro: FGV, 1962c.

\_\_\_\_\_. *Direito administrativo e ciência da administração*. In. **Direito Administrativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: FGV, 1962d.

\_\_\_\_\_. **O Estado e as instituições políticas – organização do poder**. ESG. 1962e.

\_\_\_\_\_. **Manual da constituição**. 2 ed. Rio de Janeiro: Jahar, 1963a.

\_\_\_\_\_. **Campo político interno**. ESG. 1963b.

\_\_\_\_\_. *Reflexões sobre a democracia*. In. **Revista de Direito Público e Ciência Política**. Vol. VII. n.º 03. Set/Dez. Rio de Janeiro: 1964a.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Administrativo**, Vol. 1, 5 ed, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964b.

\_\_\_\_\_. **Comportamento eleitoral no Brasil**. (Org.). Rio de Janeiro: FGV, 1964c.

\_\_\_\_\_. **Aspectos gerais da conjuntura nacional**. ESG. 1964d.

\_\_\_\_\_. **Do contôle da constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1966a.

\_\_\_\_\_. **Aspectos gerais da conjuntura brasileira**. ESG. 1966b.

\_\_\_\_\_. *Política, democracia e desenvolvimento*. In. **Revista de Direito Público e Ciência Política**. Vol. IX. n.º 04. Out/Dez. Rio de Janeiro: 1966c.

\_\_\_\_\_. **Introdução à ciência política**. 2 ed. Rio de Janeiro: FGV, 1969a.

\_\_\_\_\_. **Estruturas políticas contemporâneas**. ESG. 1969b.

#### **a.5. Década de 70**

\_\_\_\_\_. **A segurança nacional e o poder judiciário**. ESG. 1970.

\_\_\_\_\_. *O poder executivo no Estado Moderno*. In. **Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara**. Ano VI. n.º 16. Rio de Janeiro: 1972.



\_\_\_\_\_. *O poder executivo e suas relações com o poder legislativo*. In. **Carta mensal**. Ano XVII. n.º 214. Rio de Janeiro: 1973.

\_\_\_\_\_. *Discurso no I Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Fev. 1975. In. **Fórum Administrativo**. Ano 08. n.º 92. outubro. Belo Horizonte: 2008.

\_\_\_\_\_. *Nacionalização, socialização e estatização*. In. **Revista de Ciência Política**. Vol. 20. n.º 02. abr/jun. Rio de Janeiro: FGV, 1977a.

\_\_\_\_\_. *Formação jurídica do Brasil*. In. **Revista de Ciência Política**. Vol. 20. n.º 03. jun/set. Rio de Janeiro: FGV, 1977b.

\_\_\_\_\_. *Democracia imperfeita (notas e apontamentos)*. In. **Revista de Ciência Política**. Vol. 21. n.º 01. jan/mar. Rio de Janeiro: FGV, 1978a.

\_\_\_\_\_. *Tópicos de uma história política*. In. **Revista de Direito Público e Ciência Política**. Vol. 21. n.º 03. Jul/Set. Rio de Janeiro: 1978b.

\_\_\_\_\_. *A mensagem da Encíclica Pacem in Terris*. In. **Revista de Ciência Política**. Vol. 21. n.º 04. out/set. Rio de Janeiro: FGV, 1978c.

#### **a.6. Década de 80**

\_\_\_\_\_. *Aspectos da cultura jurídica brasileira*. In. **Revista de Ciência Política**. Vol. 23. n.º 02. mai/ago. Rio de Janeiro: FGV, 1980.

\_\_\_\_\_. *O Supremo Tribunal Federal e a Constituição*. In. **Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal: conferências e estudos**. Universidade de Brasília 11 a 14 de setembro de 1978. Brasília: UnB, 1982.

\_\_\_\_\_. *Projeto de lei reguladora das concessões de serviço público federal*. In. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros: 1993.

#### **b) Fontes primárias dos demais autores**

AMARAL, Azevedo. **O Estado autoritário e a realidade nacional**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1938.

BILAC PINTO, Olavo. **Estudos de Direito Público**. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**. Brasília: Senado Federal, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1946.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo**. Vol. I e II. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1958.

MENEZES, Djacir. **Direito Administrativo Moderno. Os princípios estruturais do Estado Nacional na Administração Pública**. Rio de Janeiro: Coelho Branco, 1943.

NUNES LEAL, Victor. *Lei e regulamento*. In. **Problemas de Direito Público e outros problemas**. Vol. 1. Ministério da Justiça: Brasília, 1997a.

\_\_\_\_\_. *Técnica legislativa*. In. **Problemas de Direito Público e outros problemas**. Vol. 1. Ministério da Justiça: Brasília, 1997b.

\_\_\_\_\_. *Delegações legislativas*. In. **Problemas de Direito Público e outros problemas**. Vol. 1. Ministério da Justiça: Brasília, 1997c.

\_\_\_\_\_. *A divisão dos poderes no quadro político da burguesia*. In. **Cinco Estudos**. FGV: Rio de Janeiro, 1955, p. 93-113.

OLIVEIRA VIANNA, José Francisco. **Instituições políticas brasileiras**. Vol. 2. Niterói: Universidade Federal Fluminense, 1987.

### c) Fontes secundárias

AQUINO, Arthur. *I Congresso Brasileiro de Economia 1943: atores, intelectuais e ideologias na constituição de uma consciência de classe entre os industriais e a consolidação do projeto industrialista*. In. **PLURAL – Revista do Programa de Pós-graduação em Sociologia da USP**, São Paulo, v. 17.1.2010, p. 59-88.

ARAGÃO, Alexandre Santos (Org.). **O poder normativo das agências reguladoras**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ARGÜELLO, Katie. **O Ícaro da Modernidade: Direito e Política em Max Weber**. São Paulo: Acadêmica, 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3 ed. Vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2007.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. **A UDN e o udenismo: ambiguidades do liberalismo brasileiro (1945-1965)**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981.

BERCOVICI, Gilberto. **Estado Intervencionista e Constituição Social no Brasil: O Silêncio Ensurdecedor de um Diálogo entre Ausentes**. < <http://xa.yimg.com/kq/groups/22789978/2041661191/name/Bercovici...> >, acesso em 21.08.2014.

\_\_\_\_\_. *Instabilidade constitucional e direitos sociais na era Vargas (1930-1964)*. In. BITTAR, Eduardo. **História do Direito Brasileiro**. São Paulo, Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. *“O direito constitucional passa, o direito administrativo permanece” : a persistência da estrutura administrativa de 1967*. In. **O que resta da ditadura: a exceção brasileira**. (Orgs). Edson Teles e Vladimir Safatle. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 77-90.

\_\_\_\_\_. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo.** São Paulo: Quartier Latim, 2008.

BIELSCHOWSKI, Ricardo. **Pensamento Econômico Brasileiro: o ciclo ideológico do desenvolvimentismo.** 5 ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2000.

BITENCOURT, A.C. Lúcio. *O D.A.S.P. como um imperativo democrático e técnico.* In. **Revista de Direito Administrativo.** Vol. VII. Jan/Mar. Rio de Janeiro: 1947, p. 361-375.

BOBBIO, Norberto. **Do Fascismo à democracia.** Trad. Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus, 2007.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. **História constitucional do Brasil.** 5 ed. Brasília: Editora da OAB, 2004.

BONNARD, Roger. **Syndicalisme, corporativisme et état corporatif.** Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1937.

\_\_\_\_\_. **Le droit et l'État dans la doctrine nationale socialiste.** 2 ed. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1939. Disponível em <<http://gallica.bnf.fr/>>, acesso em 25.06.2015.

BURDEAU, Georges. **O Estado.** Trad. Maria E. P. Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CAMARGO, Aspásia; PANDOLFI, Dulce Chaves. **O golpe silencioso: as origens da república corporativa.** Rio de Janeiro: Rio Fundo, 1989.

CARDOSO DE MELLO, João Manuel. **O capitalismo tardio.** 8 ed. São Paulo: Brasiliense, 1991.

CARONE, Edgar. **O pensamento industrial no Brasil (1880-1945).** Difel: Rio de Janeiro, 1977.

CARVALHO, José Murilo. **A formação das almas: o imaginário da república no Brasil.** ed. 9. São Paulo: Cia. das letras, 2000.

CASTRO, Alexander; MESURINI, Mauricio da Costa. **A racionalidade do direito no Estado Constitucional: uma aproximação entre Max Weber e Luigi Ferrajoli.** Trabalho realizado ao longo do mestrado nos anos de 2006 e 2007 (CPGD/UFSC), mas ainda inédito.

CASTRO GOMES, Ângela Maria de (Org.). **Regionalismo e centralização política: partidos e constituinte nos anos 30.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

CODATO, Adriano. **Elites e instituições no Brasil: uma análise contextual do Estado Novo.** Tese de doutorado/Unicamp/IFCH. Campinas: 2008.

\_\_\_\_\_. *Quando o Brasil era moderno: o Estado antes da crise do Estado.* In. **Dois pontos.** Curitiba/São Carlos, Vol. 5, n. 2, p. 143-168, outubro, 2008.

\_\_\_\_\_. **Classes dirigentes e fórmula política: afinidades eletivas entre o liberalismo e o autoritarismo no Brasil.** <[https://www.academia.edu/4114859/Classes\\_dirigentes\\_e\\_f%C3%B3rmula\\_pol%C3%ADtica\\_afinidades\\_eletivas\\_entre\\_o\\_liberalismo\\_e\\_o\\_autoritarismo\\_no\\_Brasil](https://www.academia.edu/4114859/Classes_dirigentes_e_f%C3%B3rmula_pol%C3%ADtica_afinidades_eletivas_entre_o_liberalismo_e_o_autoritarismo_no_Brasil)>, acesso em 25.01.2016.

CORREA, Gustavo Zatelli. **Poder de polícia e construção jurídica do Estado: uma análise das obras de direito administrativo da primeira república.** TCC. Centro de Ciências Jurídicas/Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: 2013.

CORRÊA, Paulo Celso. **Massa, Mito e Estado em Francisco Campos: a política de uma era de transição.** <[http://www.achegas.net/numero/42/paulo\\_celso\\_42.pdf](http://www.achegas.net/numero/42/paulo_celso_42.pdf)>, acesso em 05.08.2010.

COSTA, Pietro. **Poucos, muitos todos. Lições de história da democracia.** Trad. Luiz Ernani Fritoli. Curitiba: UFPR, 2012.

\_\_\_\_\_. **Soberania, representação e democracia: ensaios de história do pensamento jurídico.** Curitiba: Juruá, 2010.

COSTA PORTO, Walter. (Org.) **Coleção Constituições brasileiras.** Vol. IV. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia: 2001.

COTRIN NETO. A. B. *A intervenção do Estado na economia. Seu processo e ocorrência históricos.* In. **Revista de Informação Legislativa.** Ano 24, n. 96. Brasília: out./dez. 1987, p. 139-154.

CURI, Isadora Volpato. *Juristas e o regime militar (1964-1985): atuação de Victor Nunes Leal no STF e Raymundo Faoro na OAB.* In. **Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro: (de 1930 aos dias atuais).** Carlos Guilherme Mota; Natascha Schmitt Caccia Salinas (Orgs.). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 448-495.

D'ARAÚJO, Maria Celina (Org.). **As instituições brasileiras da Era Vargas.** Rio de Janeiro: EdUERJ, 1999.

DE DECCA, Edgar Salvadori. **1930: O silêncio dos vencidos.** 4 ed. São Paulo: Brasiliense, 1988.

DINIZ Eli. **Empresário, Estado e Capitalismo no Brasil: 1930-1945.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

\_\_\_\_\_. *Engenharia institucional e políticas públicas: dos conselhos técnicos às câmaras setoriais.* In. PANDOLFI, Dulce (Org.). **Repensando o Estado Novo.** Rio de Janeiro: FGV, 1999.

DRAIBE, Sônia. **Rumos e metamorfoses: um estudo sobre a constituição do Estado e as alternativas da industrialização no Brasil 1930-1946.** São Paulo: Paz e Terra, 2004.

- ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública**. 2 ed. Almedina: Coimbra, 2009.
- FACCIONI, Victor José. **A constituinte de 1988 – 20 anos**. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 8, n. 92, out. 2008. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=55347>>, acesso em 21.03.2014.
- FAUSTO, Boris. **A Revolução de 1930**. São Paulo: Cia. Das letras, 1997.
- FERREIRA, Oliveiros. *A Escola Superior de Guerra no Quadro do Pensamento Político Brasileiro*. In. CRIPPA, Adolpho (Org.). **As ideias políticas no Brasil**. Vol. II. São Paulo: Convívio, 1979.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2009.
- \_\_\_\_\_. **O deserto e o vulcão – reflexões e avaliações sobre a História do Direito no Brasil**. < <http://www.forhistiur.de/2012-06-fonseca/>>, acesso em 25.01.2016.
- FORJAZ, Maria Cecília Spina. **Tenentismo e forças armadas na revolução de 30**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.
- FORSTHOFF, Ernst. **Tratado de Derecho Administrativo**. Trad. Legaz Lacambra. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.
- \_\_\_\_\_. **El Estado de la Sociedad Industrial**. Trad. Luiz Lopes Guerra e Jaime Nicolas Muñiz. Instituto de Estudios Políticos: Madrid, 1975.
- FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 11 ed. São Paulo: Editora nacional, 1971.
- GALVÃO, Laila Maia. **História constitucional brasileira na Primeira República: um estudo da intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro em 1923**. Dissertação de Mestrado. PPGD/UFSC: Florianópolis, 2013.
- GUTIÉRREZ, Ignacio Gutierrez. *Continuidades y desarrollos en el derecho público alemán*. **Foro, Nueva época**, n. 00/2004. p. 401-413.
- GRAMSCI, A. **Os intelectuais e a organização da cultura**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 244 p., 1982.
- GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Comentário o Estado e a ordem econômica segundo Themistocles Cavalcanti, 60 anos depois**. *Revista dos Tribunais on-line*. Vol. 922/2012. p. 47-50. Ago/2012.

GUANDALINI, Walter. **Gênese do Direito Administrativo Brasileiro: formação, conteúdo e função da ciência do direito administrativo durante a construção do Estado no Brasil imperial**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de pós-graduação em Direito. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como “ideologia”**. Lisboa: Edições 70, 2006.

HANSEN, Mogens Herman. *The mixed constitution versus The separation of powers: monarchical and aristocratic aspects of modern democracy*. **History of Political Thought**. Vol. XXXI. No. 3. Autumn 2010.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

\_\_\_\_\_. **A história do direito na história social**. Lisboa: Livros Horizonte, 1978.

\_\_\_\_\_. *Cultura jurídica do Estado Novo*. In. **Prisma jurídico**. São Paulo, v. 7, n. 1, p. 149-161, jan./jun. 2008.

\_\_\_\_\_. *O direito administrativo como emergência de um governo activo* (c. 1800 – c 1910). **Revista de história das ideias**. Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra. n. 26. Coimbra: 2005, p. 119-159.

JASMIN, Marcelo Gantus. *História dos conceitos e teoria política e social: referências preliminares*. In. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. Vol. 20. n. 57. fevereiro/2005, p. 27-38.

\_\_\_\_\_; FERES JUNIOR, João. (Org.) **História dos conceitos: debates e perspectivas**. Rio de Janeiro: PUC-Rio: Edições Loyola: IUPERJ, 2006.

KOERNER, Andrei. *Sobre a “evolução do Controle da Constitucionalidade no Brasil”: uma análise crítica*. In. FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **As formas do direito: ordem, razão e decisão**. Curitiba: Juruá, 2013.

LASKI, Harold. **La crisis de la democracia**. Trad. Amando Bazan. Buenos Aires: Ediciones Siglo Veinte, 1950.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Oráculo de Delfos - O Conselho de Estado no Brasil Império**. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOPES MEDINA, Diego Eduardo. **Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana**. Universidade Nacional: Bogotá, 2004.

LOSSO, Tiago. **Estado Novo: Discurso, instituições e práticas administrativas**. Tese de doutorado em Ciências Sociais. IFCH-Unicamp, 2006.

LYNCH, Christian Edward Cyril. *Liberal/Liberalismo*. In. **Léxico da história dos conceitos políticos no Brasil**. (Org.) João Feres Junior. Belo Horizonte: UFMG, 2009.

\_\_\_\_\_. *O caminho para Washington passa por Buenos Aires: a recepção do conceito argentino do Estado de Sítio e a construção do modelo republicano-oligárquico brasileiro (1890-1898)*. In. **As formas do direito: ordem, razão e decisão**. (Org.) Ricardo Marcelo Fonseca. Curitiba: Juruá, 2013.

\_\_\_\_\_. *Do direito à política: a gênese da jurisdição constitucional norte-americana*. In. **Revista de Ciências Sociais** (UGF), v. 20, p. 15-40, 2010.

\_\_\_\_\_. *Cultura política brasileira*. In. **Política no Brasil**. (Org.) Gustavo Santos e Éder Brito. São Paulo. Oficina Municipal, 2015, p. 57-83.

MANOILESCO, Mihail. **O século do corporativismo**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1938.

MEDEIROS, Ana Lúcia; HIRST, Mônica. **Bibliografia histórica: 1930-45**. Brasília: Ed. UNB, 1982, p. 16.

MEDEIROS, Jarbas. **Ideologia autoritária no Brasil. 1939-1945**. Rio de Janeiro: FGV, 1978.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2 ed. São Paulo: RT, 1966.

MÉNARD, René. **Mitologia greco-romana**. Vol. 1. Trad. Aldo Della Nina. São Paulo: Opus, 1991.

MENDONÇA AZEVEDO, José Afonso de. **Elaborando a Constituição Nacional. [Atas da subcomissão elaboradora do anteprojeto 1932-1933]**. Brasília: Senado Federal, 2004.

METZLER, Edward L. *The growth and development of Administrative Law*. In. **Marquette Law Review**. Vol. 19. n. 04, 1935. <[scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol19/iss4/1](http://scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol19/iss4/1)>, acesso em 17.07.2015.

MESURINI, Mauricio da Costa; DIRSCHNABEL, Leandro *et al.* **A democracia antiliberal de Francisco Campos**. Anais do II Seminário Nacional Sociologia e Política. UFPR. Curitiba, 2010. <<http://www.seminariosociologiapolitica.ufpr.br/paginas/anais/1.html>>, acesso em 05.05.2012.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 3 ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005.

MOTA, Carolina. *Brazil under Vargas: a análise jurídica de Karl Loewenstein sobre o regime de 1937*. In. **Os juristas na formação do**

**estado-nação brasileiro: (de 1930 aos dias atuais).** São Paulo: Saraiva, 2010, p. 339-375.

NEUMANN, Franz. **Estado democrático e Estado autoritário.** Trad. Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar, 1969.

NOVAK, William J. **Law and the social control of american capitalism.**

<[http://law.emory.edu/elj/\\_documents/volumes/60/2/symposium/novak.pdf](http://law.emory.edu/elj/_documents/volumes/60/2/symposium/novak.pdf)>, acesso em 15.10.2015.

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional.** Brasília: Editora UnB, 2008.

PESSOA, Robertônio Santos. *Constitucionalismo, Estado e Direito Administrativo no Brasil.* In. **Interesse Público.** n. 53. Fórum, São Paulo, 2009.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à Ciência do Direito.** Trad. Vera Barkow. Martins Fontes: São Paulo, 1999.

ROSANVALLON, Pierre. **O liberalismo econômico: história da idéia de mercado.** Trad. Antonio Penalves Rocha. Bauru: EDUSC, 2002.

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. *Reforma administrativa de 1967: a reconciliação do legal com o real.* In. **Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro: (de 1930 aos dias atuais).** Carlos Guilherme Mota; Natascha Schmitt Caccia Salinas (Orgs.) São Paulo: Saraiva, 2010, p. 528-557.

SANTOS, Rogério Dutra. **Francisco Campos e os fundamentos do constitucionalismo antiliberal no Brasil.** Ano 50. Vol. 002. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2007, p. 281-323.

SILVA, Ricardo Virgilino da. **A ideologia do Estado autoritário no Brasil.** Tese de Doutorado. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. Unicamp: Campinas, 1998.

SCHMITT, Carl. **Interpretación europea de Donoso Cortés.** Trad. Francisco Caballero. Buenos Aires: Struhart & Cia, 2006.

\_\_\_\_\_. **La defensa de la Constitución.** Trad. Jorge Mario García Laguardia. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1983.

SEELAENDER, Aírton. *Francisco Campos (1891-1968) – uma releitura.* In. **As formas do direito: ordem, razão e decisão.** (Org.) Ricardo Marcelo Fonseca. Curitiba: Juruá, 2013.

\_\_\_\_\_. *Pondo os pobres no seu lugar – igualdade constitucional e intervencionismo segregador na Primeira República.* In. COUTINHO, Jacinto N. M. e LIMA, Martório M. B. (Org.). **Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos.** Rio de Janeiro: Renovar, p. 01-26.



\_\_\_\_\_. *Usos, recriações e estratégias – notas sobre a relação dos jurisconsultos brasileiros com o pensamento jurídico europeu*. In. Ezequiel Abásolo. (Org.). **La cultura jurídica latinoamericana y la circulación de ideas durante la primera mitad del siglo XX. Aproximaciones teóricas y análisis de experiencias**. Vol 1. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de História del Derecho, 2013, p. 23-44.

\_\_\_\_\_.; CASTRO, Alexander de. *Um jurisconsulto adaptável – Francisco Campos (1891-1968)*. **Os juristas na formação do estado-nação brasileiro: (de 1930 aos dias atuais)**. (Org.) Carlos Guilherme Mota; Natsha Schmitti Caccia Salinas. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Ricardo. *O contextualismo lingüístico na história do pensamento político: Quentin Skinner e o debate metodológico contemporâneo*. In. **Dados – Revista de Ciências Sociais**. Vol. 53, n. 02. Rio de Janeiro: 2010.

\_\_\_\_\_. *Sociologia política e ideologia autoritária*. In. **Política & Sociedade**. Florianópolis-SC, v.1, n.1, p. 103-128, 2002.

SKIDMORE, Thomas E. **Brasil: de Getúlio a Castelo (1930-1964)**. Trad. Berilo Vargas. São Paulo: Cia. das Letras, 2010.

SKINNER, Quentin. **Liberdade antes do liberalismo**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1999.

\_\_\_\_\_. *Quentin. Meaning and understanding in the History of Ideas*. In. **History and Theory**. Vol. 8. n. 1. Wesleyan University. 1969.

\_\_\_\_\_. **Motives, intentions and the interpretation of texts**. New Literary History. 1972.

STOLLEIS, Michael. **A history of public law in Germany 1914-1945**. Trad. Thomas Dunlap. New York : Oxford University Press, 2004.

\_\_\_\_\_. **L’œil de la loi. Histoire d’une métaphore**. Paris: Mille et une nuits. 2006.

\_\_\_\_\_. *Las líneas de desarrollo de la dogmática del Derecho administrativo em la era industrial*. Trad. Jaime Nicolas Muñiz. In. **Documentación Administrativa**. n. 234. abril-junho 1993.

\_\_\_\_\_. *Escribir historia del derecho: ?Reconstrucción, narración o ficción?* **La historia del derecho como obra de arte**. Trad. Ignácio Gutiérrez Gutiérrez. Granada: 2009, Editorial Comares.

TACITO, Caio. *Presença norte-americana no direito administrativo brasileiro*. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. Jul/Set 1977.

TOLMASQUIN, Mauricio T. **Novo modelo do setor elétrico brasileiro**. Rio de Janeiro: Synergia, 2011.

WAHRLICH, Beatriz Marques de Souza. **Reforma Administrativa na era Vargas**. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 1983, p. 03-29.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. Vol. 1. Trad. Karen Barbosa e Regis Barbosa. 5.ed. Distrito Federal: Editora Universidade de Brasília, 1991.

\_\_\_\_\_. **Economia e Sociedade**. Vol. 2. Trad. Karen Barbosa e Regis Barbosa. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004.

\_\_\_\_\_. **A gênese do capitalismo moderno**. Organização e comentários Jesse Souza. Trad. Rainer Domschke. São Paulo: Ática, 2006.

\_\_\_\_\_. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 4 ed. Revista dos Tribunais: 2003.

\_\_\_\_\_. **Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil**. São Paulo: Acadêmica, 1989.

VIANNA, Luiz Werneck. **Weber e a interpretação do Brasil**. Texto apresentado no Seminário Internacional Max Weber. Brasília: UNB, 1997.

VENANCIO FILHO, Alberto. **A intervenção do Estado no domínio econômico. O direito público econômico no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 1968.

## **ANEXO – Entrevista com o jurista Themistocles Cavalcanti**

Neste anexo são tratados alguns temas que marcaram os anos da trajetória de Themistocles Cavalcanti. Para melhor retratar Cavalcanti convém priorizar as falas do autor, transcrevendo-as. Trata-se de um olhar retrospectivo, em entrevista no ano de 1975<sup>1</sup>, onde o autor, muitas vezes em tom informal, manifesta-se sobre um tempo que vivenciou. Mais que um testemunho, nessa retrospectiva o jurista acaba por oferecer justificativas sobre opiniões e posturas por ele adotadas.

A referida entrevista não está disponibilizada na internet, podendo ser acessada apenas por consulta interna no CPDOC/FGV na cidade do Rio de Janeiro, ou por solicitação de cópia mediante custos de reprodução. O documento contém 155 páginas, dividido em três partes assim catalogadas: E-44, parte 1, parte 2 e parte 3. Eis, portanto, os motivos pela opção em transcrever os diálogos que, para os fins desta pesquisa, parecem mais relevantes: ofertar um retrato fidedigno do autor, sem intermediários; possibilitar acesso a trechos de um documento que não está amplamente divulgado.

Há que se levar em consideração o momento histórico da entrevista. Em 1975 a ditadura já estava “escancarada”, a “intervenção cirúrgica” já durava mais de 10 anos e não havia sinais de alta ao paciente. Isso talvez possa explicar as evasivas a certas perguntas incômodas, a preocupação de ofertar justificativas a atitudes do passado e o cuidado com as palavras, até mesmo o silêncio de Cavalcanti. Talvez a grande riqueza do documento esteja justamente no que foi silenciado.<sup>2</sup>

### **a) Relações políticas**

*“L.B. – Essa é uma questão que eu queria saber do senhor. Essa comissão que elaborou o anteprojeto da Constituição de 34, estava composta de juristas das mais diferentes filiações políticas. O senhor concorda com isso? T.C. – Ah! Sim, basta ver a relação deles. L.B. – O senhor se sentia filiado a alguma corrente daquelas? T.C. – Não. Eu fui evidentemente indicado, acredito que tivesse sido nomeado por influência do Osvaldo Aranha e do José Américo. Mas tenho a impressão de que o Juarez também deve ter influído na minha nomeação. E o próprio Getúlio. Tive muito pouco contato na minha vida com o*

---

<sup>1</sup> História Oral do CPDOC/FGV, em julho de 1975. Entrevistadores: Aspásia Alcântara de Camargo (A.C.), Luiz Henrique Bahia (L.B.) e Vera Lucia Ruiz Calicchio (V.C.).

<<http://www.fgv.br/cpdoc/busca/Busca/BuscaConsultar.aspx>>, acesso em 06.04.2015.

<sup>2</sup> O significado do silêncio na poesia de Paulo Leminski: “*Repara bem no que não digo*”.

*Getúlio. Basta o sujeito entrar para o governo para eu me afastar. Em matéria de governo, comigo o negócio é de longe. Tinha muito boas relações com o Getúlio, mas ele lá e eu aqui. Fazia o que ele queria, o que ele não queria eu também fazia. [...]”* (E-44, parte 1, p. 20)

*“L.B. – Como Procurador da República, o senhor foi obrigado, em algum momento, a advogar questões em favor de um Estado de certa forma autoritário, que era o Estado Novo, indo contra suas posições de homem liberal? T.C. – Como Procurador da República, eu advogava as questões da União. As causas que o Procurador da República tem são as causas fiscais, são as ações ordinárias; não tem nenhuma causa que envolva qualquer princípio político. O Procurador Geral da República sim; este pode, porque o Procurador Geral da República está no Supremo Tribunal e este eventualmente tem. Como Procurador Geral da República, eu tive um caso que é notório. Foi o caso do fechamento do partido comunista.”* (E-44, parte 1, p. 25)<sup>3</sup>

*“L.B. – Eu queria voltar mais um pouquinho antes de o senhor pegar esse período. Queria que o senhor nos contasse como é que o senhor foi levado a aceitar o cargo de Consultor Geral da República, ainda em pleno Estado Novo. T.C. – Bom, isso foi em março de 1945. O Agamenon me telefonou e pediu para eu ir lá. Disse que o Getúlio tinha feito uma lista e tinha marcado o meu nome para Consultor Geral da República. Na verdade, a sugestão devia ter partido do Hanneman Magalhães, que tinha sido Consultor Geral da República antes de mim. Eu disse a ele que eu teria muito prazer. Era um cargo técnico, eu não estaria metido em política nenhuma. Só que para servir ao Estado Novo eu não teria prazer, vontade alguma. Em 45, você sabe, estourou a coisa lá com o Brigadeiro e eu não queria desagradar o Brigadeiro. Telefonei para o Brigadeiro, conversei com ele e ele disse: ‘Você quer me fazer um favor? Aceite esse cargo, para não criar embaraços. É um cargo técnico, não tem importância nenhuma. E se recusar pode parecer que você quer criar embaraços ao Getúlio. Não tem importância nenhuma. Aceite’.* Eu disse ao Agamenon: *‘Você diz ao Getúlio que eu prefiro não aceitar’.* Ele conversou com o Getúlio, o Getúlio insistiu e eu acabei aceitando. Houve esses antecedentes todos. Eu, a principio, recusei, conversei com o Brigadeiro, mas o Agamenon insistiu.” (E-44, parte 1, p. 26-27)

*“L.B. – Dr. Themístocles, eu gostaria que o senhor falasse um pouco sobre o problema da participação. Como é que um homem pode participar, de certa forma, de cartos (sic) dentro do Estado? T.C. – Eu acho o seguinte: esse problema da participação é central. Outro dia eu falei da diferença entre representação e participação. Esses problemas são muito delicados. No Estado totalitário, há uma dificuldade muito grande não somente na representação, porque a representação não existe, só existe mesmo dentro do partido. E a*

---

<sup>3</sup> O caso do partido comunista será tratado em tema apartado.

*participação também não existe, porque também só existe dentro do partido. É preciso que o indivíduo seja do partido para poder participar. [...] Se quiser fazer parte de uma comissão qualquer, o sujeito não é admitido. Mas um Estado que não é totalitário pode não ser um Estado inteiramente democrático, pode ser um estado, vamos dizer, como o Brasil. O Brasil é muito mais tolerante, porque é um estado muito aberto. A pessoa que não é inteiramente favorável ao governo pode participar. Através de uma comissão técnica, uma comissão de estudo, uma comissão dessas, ele participa. Quer dizer, ele se integra num setor da vida nacional que interessa diretamente ao governo, mas é uma forma indireta de participação nesse governo. V.C. – No entanto, o técnico aí não fica no campo meramente técnico? T.C. – É. Ele não assume nenhum compromisso, ele conserva a sua opinião, a sua personalidade. Não tem compromisso nenhum, mas contribuiu com a sua competência, a sua capacidade para a obra comum, a obra que ele acha que deve... Eu acho que esse problema de participação é uma coisa importante sob esse aspecto; se você quiser, você pode dizer que eu aceitar a Consultoria Geral da República nessa época era uma forma de participar. Eu quis participar e realmente participei. Quando veio 1950 eu não votei no Getúlio. Podia ter votado, porque eu gostava dele; eu gostava francamente do Getúlio, como o Brigadeiro gostava muito. [...] Mas eu não votei nele. Pois bem, ele me nomeou como presidente de uma comissão de inquérito do IBGE. Eu fiz um trabalho longo, penoso, difícil. E dei a ele. ‘Aí está o meu trabalho’. [...] T.C. – Enfim, eu nunca me neguei a participar em nenhuma circunstância. Aliás, a diferença, às vezes, é entre participar e colaborar. Aí, é mais difícil, não? V.C. – Exato, a colaboração implica numa... T.C. – Numa solidariedade. V.C. – É. Numa afinidade maior nos objetivos.” (E-44, parte 1, p. 27-29)*

*“T.C. – Um dia o Café me chamou; eu fui lá, ele me deu um envelope e disse: ‘Olha, você me dá um parecer sobre esse assunto’. Eu disse: ‘Como?’ E ele: ‘Eu não quero saber, você me dá um parecer sobre isso aqui.’ Eu não conversava; dava o parecer que bem entendia. Aliás o Getúlio também nunca discutiu; eu nunca recebi um recado para dar um parecer a favor ou contra. Todas as vezes que eu estive na Consultoria Geral da República eles procederam comigo dessa forma.” (E-44, parte 1, p. 34)*

*“L.B. – Quando da formação dos partidos políticos, logo depois da Constituição de 46, o senhor se filiou a algum partido? T.C. – Não, Nunca! L.B. – Dos programas partidários apresentados, o senhor se lembra qual o que se aproxima mais dos seus ideais liberais? T.C. – Nenhum deles, era uma mistura, um pouco de cada um. V.C. – Nem a UDN, um pouco? T.C. – A UDN era um pouco muito para a direita para mim. Eu sempre fui um pouco mais para a esquerda. A.C. – Em que sentido o senhor diz? T.C. – Socialmente.” (E44, parte 1, p. 30)*

*“L.B. – O que o levou à UDN? Foi o próprio Eduardo Gomes? T.C. – Não, ninguém. O caso foi o seguinte. Um dia eu estava tranquilamente em repouso, quando o Afonso Arinos me telefonou, dizendo que eles tinham achado que eu estaria em condições de ser candidato a deputado para a Constituinte da Guanabara. Eu era um homem que podia ganhar, aqui no Estado da Guanabara. Portanto, fazia um apelo para que eu aceitasse a minha candidatura. Eu disse: ‘Não sou de partido nenhum, nunca me meti em política, em nada disso, além de tudo, não me dou com o Carlos Lacerda. [...] T.C. – Acabei entrando no partido, ocasionalmente. Como entrei, saí, pela mesma porta. Eu fui excluído; no fim, fui posto para fora do partido. [...] A.C. – O senhor foi convidado a se retirar do partido? T.C. – Fui. L.B. – Mas antes de o senhor nos contar a história da saída, conte a história da entrada. T.C. – Eu entrei só para me candidatar. L.B. – Dentro dos pontos mais importantes do programa da UDN, o senhor não salientaria nenhum? T.C. – Eu nem conhecia o programa da UDN. [...] T.C. – Apenas o seguinte. Fui candidato pela UDN porque era o partido que era viável para mim. [...] Pesou mais a minha escolha pessoal, meu apreço pelo Brigadeiro, que era meu amigo. Eu não acredito em nenhum partido. [...] V.C. – O senhor entrou na UDN por eliminação? T.C. – Entrei na UDN por conveniência.” (E44, parte 1, p. 39-40)*

*“V.C. – O seu interesse por Direito Constitucional levava a um confronto com a realidade brasileira, as necessidades das leis constitucionais brasileiras e os modelos clássicos, não é? T.C. – Eu via horrorizado tudo o que passava no Brasil, porque sempre fui absolutamente contrário à política. A ação política para mim é uma coisa horrorosa, nunca tolerei. Acho que isso é um negócio que está no sangue; o meu pai não gostava, meu avô também não. Eu acompanhava a política brasileira com uma independência muito grande; nunca me aproximei de governo nenhum, nunca freqüentei nenhum palácio, apesar de ter todas as dificuldades, pelas relações que eu tinha. Conheci o Getúlio muito bem e nunca o freqüentei. Fui Consultor Geral da República no seu governo, durante quase um ano, e nunca fui ao Palácio. [...] Exerci todos os cargos até hoje sem nunca ter pedido nada a ninguém. De maneira que política para mim é isto. A.C. – No fundo é uma situação muito especial, porque o senhor tem aversão à política e no entanto sempre esteve muito próximo dela. T.C. – É, mas com independência. Cargo político, nunca exerci. E a coisa era tão interessante que ninguém me tentava muito. O Agamenon, por exemplo, quando me pediu um parecer, não tocava em assunto de política; o Café Filho, quando me pedia um parecer, me entregava em envelope fechado; eu dava o parecer e devolvia o envelope fechado, sem dizer nada. O Carlos Luz também me pediu um parecer e não me disse uma palavra. Eu não pedia nada, não cobrava coisa nenhuma; queria a minha independência; sempre tive muita gana em ser independente e, como jurista, de ter autonomia de pensamento. A.C. – Talvez a função do jurista seja essa mesma: poder se manter equidistante do jogo político. T.C. – É. Eu comecei a tomar consciência desse problema desde o discurso do Rui Barbosa, no Teatro Lírico, em 1920. Foi a*

*primeira vez que se tocou na questão social aqui no Brasil; dizendo que foi o Evaristo de Moraes quem fez o discurso. Depois com a Reação Republicana... Mas nunca me meti em problemas políticos, ficava sempre como advogado. L.B. – Participava marginalmente.*

*T.C. – É. [...] A.C. – No fundo a sua participação política está sempre presa a momentos de crise muito profunda, quando a ordem política é subvertida, num certo sentido. T.C. – É, mas eu vinha acompanhando tudo. Depois o Conselheiro Antônio Prado fundou o Partido Democrático.” (E-44, parte 2, p. 56-58)*

*“A.C. – Como é que vem esse seu desinteresse, Dr. Themístocles? Vem por surtos? Em determinados momentos o senhor se desinteressa pela política, por uma função específica, dentro da política, como por exemplo com o problema da ordem legal, da instituição do estado de direito. Depois, em outro momento, se desinteressa. Como é que o senhor explica essa mudança quase que de humor, digamos, com relação à política? T.C. – Quando vejo que não tem nenhum problema político pendente, vou trabalhar, vou fazer outras coisas. Tanto que, de 34 a 45, praticamente só escrevi. A.C. – Sobre as instituições de Direito Administrativo? T.C. – Eu escrevi sobre legislação, sobre as instituições de Direito Administrativo. Escrevi o Tratado de Direito Administrativo, em seis volumes; escrevi Princípios Gerais de Direito Público, os Princípios Gerais de Direito Administrativo, enfim, uma infinidade de coisas. Escrevi quase que um volume por ano. Escrevi aquele negócio para o Bonnard.” (E-44, parte 2, p. 88)*

### **b) Revolução de 1930**

*“V.C. – Então você acha que a Revolução de 30 foi um coroamento dos movimentos de 22 e 24? T.C. – Absolutamente necessário. Se não fosse a Revolução de 30 nós estaríamos aqui numa situação miserável. Mudou tudo; com uma porção de defeitos, de inconvenientes, de erros, mas isso é da vida; mas tinha que mudar. Aquela gente não queria nada. Resolviam que queriam Washington, vinha Prestes, vinha não sei mais quem; não era possível, não dava. V.C. – Você acha que a Revolução de 30 foi fundamental? T.C. – Acho que mexeu com esse país. [...]. Tudo mudou. Não há uma comparação entre o que era antes de 30 e o que foi depois. [...] V.C. – O senhor acha que a Revolução de 30 realmente moralizou o processo eleitoral? T.C. – Não moralizou; criou o processo eleitoral.” (E-44, parte 1, p. 18-21)*

*“T.C. – Na verdade, o processo revolucionário é um processo perigoso, porque a revolução não se faz pela metade. Não se faz a revolução por partes; a meia revolução não existe. A meia revolução é o perigo de uma restauração do antigo regime. Foi o que quase houve com o Floriano. [...] Se não fosse a força do Floriano, a coragem que ele teve de dominar a situação, o negócio ia embora. Assim foi em 30.” (E-44, parte 2, p. 68)*

### c) Tenentismo

*“T.C. – Eu era advogado de muitos militares. Mas isso é um capítulo separado que eu preciso explicar. [...] T.C. – Eu posso explicar; eu me formei em 22 e já vinha me interessando pela política, pelos problemas que estavam se criando aqui no Brasil. Estava muito desanimado com a situação política; sempre achei que o Brasil precisava de uma renovação muito grande. Não acreditava no regime, achava que não se cumpriam as leis, que a Constituição era menosprezada, que o regime de intervenção permanente nos Estados era uma coisa horrorosa, enfim, era muito descrente de tudo isso e estava muito revoltado. Ai veio o 5 de julho. Eu nunca participei de movimento nenhum, nunca entrei em conspiração nenhuma, nem para conversar. Nunca entrei em movimento de espécie alguma, nem civil, nem militar. [...] havia um problema sério, que era o dos alunos da Escola Militar. O Brigadeiro Eduardo Gomes queria que eu me interessasse pelos alunos. [...] Eu comecei, assim, a me interessar. Me aproximei ao Nilo Peçanha que se afeiçãoou muito a mim.” (E44, parte 1, p. 11)*

*“V.C. – O senhor tinha um contato muito estreito com esses tenentes? T.C. – Pediam-me para advogar isso, para defender aquilo e não tinha coragem de dizer não. Não cobrava nada deles, eles não tinham vitem (sic). E eu tinha o meu escritório, que era obrigado a atender para poder viver. L.B. – A união do senhor com eles se dava mais pelo lado pessoal ou era a causa em si que o motivava? T.C. – Havia as duas coisas, porque depois de um certo tempo, com alguns pelo menos, eu tinha um relacionamento pessoal maior. O Juarez, por exemplo, eu tinha um relacionamento pessoal bom com ele. Com o Brigadeiro também. [...] Mas o que me interessava mais era realmente a causa. Eu tinha um grande empenho em ganhar a causa, isso eu tinha. [...] Evidentemente, o que me ligou depois bastante foi o Delso, que ficou noivo de minha irmã e com quem eu me identifiquei muito. Em 30, por exemplo, eu soube o que ia acontecer por ele; ‘Olhe, eu vou embora para Minas, minha irmã também foi, você quer vir conosco? Vamos dar o fora daqui’. Então eles deram lá em casa, porque eu estava na lista da polícia, agora é que gritam que advogado não pode ser preso. [...] V.C. – Essa causa que o senhor diz, com a qual, no fundo, se identificava, quais as principais forças, as principais reivindicações desses tenentes que o senhor endossava?*

*T.C. – O que eu queria era a liberdade deles. V.C. – A causa que o senhor defendia não eram os ideais revolucionários deles? T.C. – Não. A causa era o processo deles, eu queria ganhar o processo deles. [...] T.C. – Eu, como advogado, queria que eles fossem absolvidos; alguns foram absolvidos. [...] Agora, pela causa propriamente, pelos objetivos da revolução eu, como advogado, não me interessava. [...] V.C. – E da Revolução mesmo, o que o senhor achava? O senhor achava que as reivindicações deles eram justas? T.C. – Ah! Eu era inteiramente favorável a que se mudasse a situação. Sempre fui revolucionário; sempre achei que a situação do Brasil tinha que se modificar, que era um regime absolutamente inútil, que não se fazia nada nesse país. E*



*estou convencido cada vez mais que não se fazia nada nesse país. V.C. – Então, nesse sentido o senhor era um tenente também? T.C. – Eu achava que não se fazia nada nesse país. Analisava o que o Congresso fazia e chegava à conclusão de que não se fazia nada. [...] o Congresso era absolutamente inoperante e isso é uma coisa facilíma de provar; todas essas leis eram absolutamente inoperantes. O Congresso até 1930 não fez nada. Foi o Getúlio quem começou a fazer com que as leis valessem alguma coisa.” (E44, parte 1, p. 14-17)*

*“T.C. – Agora, houve a contaminação do comunismo entre os tenentes. Não vou citar nomes.” (E-44, parte 2, p. 64)*

#### **d) Constituição de 1934 e comissão do Itamarati**

*“T.C. – Tinha, por exemplo, a questão da representação de classe, que não estava no ante-projeto; eu fui vencido. Uma vez fui visitar o Getúlio. Ele tinha quebrado a perna; levou aquela pedrada na perna descendo de Petrópolis [...] ele me interpelou: ‘O senhor acredita mesmo na vantagem disso? [...] não há nenhum país do mundo que tenha representação de classe!’ Eu disse que a Constituição da Áustria prevê a representação de classe; não a realizou ainda, não está em execução, mas ela prevê. Agora, é uma experiência que nós podíamos perfeitamente fazer. Os outros países têm uma tradição a seguir nessa matéria constitucional. Mas, se nós queremos renovar isso aqui, nós podemos perfeitamente fazer um outro sistema. Tanto mais quanto esta representação de classe que nós queremos fazer não dispensa, pelo contrário, é apenas acessória da outra representação, serve para enriquecer a outra representação, que é a representação política. E, na realidade, a Constituição de 34 se enriqueceu com a representação profissional. Dois homens enriqueceram aquela Constituinte: o Levi Carneiro e o Roberto Simonsen. O que o Roberto Simonsen levou de contribuição para a Assembléia Constituinte foi enorme; e era classista. E o Levi Carneiro? Se eles estivessem nesta assembléia constituintezinha aqui do Rio de Janeiro, elementos classistas, se tivéssemos um bom advogado, um bom médico, tinha sido outra coisa.” (E-44, parte 1, p. 21)*

*“A.C. – Como o senhor veria, naquela época, as reformas constitucionais? Porque é evidente que essas reformas todas, na Revolução de 30, já tiveram uma conotação mais radical, não é? T.C. – Não; a reforma de 30 não foi mais radical. As reformas da Constituição de 34 não foram muito poucas. Naquele meu livrinho tem pelo menos umas três coisas que eles não fizeram naquela época e que agora estão querendo fazer. No prefácio digo que aquela constituição não iria durar se o país não se orientasse por uma boa ética política. Já estava prevendo que iria haver um golpe. [...] V.C. – Premonitório. T.C. – É. Eu estava sentindo que o negócio não estava certo. Fizeram uma constituição insuficiente.” (E-44, parte 2, p. 60)*

*“A.C. – Um dos pontos mais importantes na discussão sobre a Constituinte de 34 foi o aspecto da representação profissional, que não vingou, não é? T.C. – Eu quero dar uma explicação sobre isso. O Afonso Arinos me acusou de fascista, porque defendi a representação profissional. Mas eu não defendia a representação corporativa. O que eu disse é que nós devíamos ter, ao lado da representação política, uma parte da representação profissional, quer dizer, representação sindical. A minha idéia veio de onde, de quê? É de origem fascista? Não é. [...] Em 1922 eu comprei um livro sobre sindicalismo escrito pelo professor Dugnit (sic), que era meu mestre em Direito Constitucional. Ele não era um homem de esquerda, mas muito liberal, e achava que o sindicalismo era uma forma de organização que atendia à própria estrutura da sociedade. Quer dizer, em vez de dividir a sociedade em classes pelo meio, dividia a sociedade perpendicularmente. [...] eu tirei o meu ensinamento ali no livro do Dugnit (sic). [...] a minha tendência era o contrário da fascista, [...] talvez, se ele quisesse classificar, seria uma tendência mais de esquerda, [...] Isso demonstra até, por parte do Afonso Arinos, uma certa ignorância na concepção da representação classista”.* (E44, parte 2, p. 60-61)

*“A.C. – Dr, Themistocles, nós havíamos discutido as idéias gerais que o senhor tinha defendido com respeito ao ante-projeto da Constituição, à Comissão do Itamarati. T.C. – A comissão do Itamarati era uma comissão muito grande, [...]. Dessa comissão grande, foi constituída uma pequena comissão e essa que acabou assinando a ata final. Esse pessoal que fez essa constituição não era revolucionário propriamente. Eram homens quase todos da velha república: Antonio Carlos, Antunes Maciel, o João Mangabeira, enfim, homens que tinham formação liberal, e parece que queriam uma renovação realmente política, porque tinham participado da revolução. [...] Havia alguns nomes lá, como o João Mangabeira e eu, muito moço e com idéias muito mais avançadas, [...] De modo que o projeto tinha suas falhas, razão pela qual me vi na obrigação de escrever aquele livreto, onde expus uma porção de coisas, uma porção de pontos-de-vista novos que, até hoje, depois de 40 anos, estão sendo defendidos, como por exemplo a especialização dos juízes, a criação dos tribunais administrativos e uma porção de reformas constitucionais e administrativas que se está achando necessário fazer. Não sei se, caso fosse provocado, talvez voltasse à carga agora uma representação profissional. Em todo o caso... O projeto que foi para a Câmara, para a Assembléia Constituinte, era um bom projeto, muito superior à Constituição de 1891, a meu ver. Mas tinha, realmente, esse ranço tradicionalista, conservador demais. Poderia ter um cunho mais revolucionário. [...] Mas a Constituição de 1934, a meu ver a melhor de todas as constituições do Brasil até hoje, essa realmente teve um cunho revolucionário. V.C. – A Constituição de 1946? T.C. – Não, a de 34. Essa merece um estudo que nunca foi feito.”* (E-44, parte 2, p. 79-80)

*“A.C. – Como é que o senhor vê a ineficácia da Constituição de 34, ou pelo menos a ineficácia do Congresso? T.C. – Não houve ineficácia. O que houve foi*

*uma série de desorientações; houve interferência do general Góis. Depois houve a interferência daquela carta Cohen.” (E-44, parte 2, p. 87)*

*“T.C. – [...] acho que a Constituição de 34, de todas as constituições que nós tivemos, talvez tenha sido a melhor. [...] Eu não sei porque em 46 eles puderam tudo isso abaixo e fizeram uma Constituição completamente sem expressão, sem sentido. A Constituição de 34 teve incluído um capítulo sobre a ordem econômica e social, porque naquele tempo não tinha nada regulamentado. [...] A.C. – Os conselhos técnicos, também, não é? T.C. – É; além de um dispositivo que ligava esses conselhos técnicos aos ministérios. A Constituição de 34 foi realmente uma constituição revolucionária; foi a que integrou, no texto constitucional todas as reivindicações revolucionárias. Tudo, tudo está ali. [...] Agora, eu acho que infelizmente foi uma constituição frustrada. [...] Vieram comunicar ao Getúlio que a Constituição tinha sido promulgada e ele tinha dito logo que ela não teria muita duração.” (E-44, parte 3, 19; 20)*

#### **e) Carta de 1937 e corporativismo**

*“T.C. – [...] quando houve o golpe de 37, um jornalista veio me perguntar o que é que eu achava e eu me lembro que a única coisa que eu disse, foi: ‘Eu acho que isso é reminiscência do Júlio de Castilhos. [...] Foi a frase que eu disse. E calei a boca, porque não aceitei o Estado Novo. Fiquei calado de 37 a 45, até que Getúlio me mandou chamar para exercer o cargo de Consultor Geral da República.” (E-44, parte 2, p. 87)*

*“T.C. – Escrevi aquele negócio para o Bonard (sic). [...] Eu fiz um prefácio e algumas notas à edição brasileira. Tudo isso é sobre Direito Trabalhista brasileiro. Durante muito tempo, isso aqui foi muito consultado. L.B. – Mas o senhor disse que tinha cometido uns pecadinhos. T.C. – É. Eu disse que o estado corporativo era um estado que se aproximava do sistema democrático e tal. Hoje, eu não estou convencido disso; acho que foi bobagem o que fiz. A.C. Como é que o senhor definiria o estado corporativo? Algumas pessoas remontam à Idade Média para definir isso. T.C. – É medieval, é o governo das corporações. [...] o problema não estava no Estado Corporativo, mas no governo ditatorial de Vargas.” (E44, parte 2, p. 88-89).*

*“A.C. – O senhor, como jurista, preocupado com os problemas constitucionais, como viveu essa Carta de 37? Como é que o senhor e os juristas, os magistrados da época, viveram essa mudança brusca de orientação política? T.C. – Eu não tomei conhecimento, pessoalmente. Gostava muito do Getúlio, tinha muitos amigos, naquela época; nunca deixei de ter muito camaradagem, muita amizade com o Osvaldo Aranha, que nunca deixou de me procurar. Todas as vezes mandava me chamar e, nas grandes decisões que tomava, me consultava sempre. Enfim, nunca me desliguei completamente dessas coisas. Agora, quanto à política, nisso não me metia, não tinha nada com essa história. Procurei advogar um pouquinho, para ver se passava aquele período. A.C. –*

*Na época, o senhor achou que era um mal necessário? [...] o golpe de 37? T.C. – Não. Acho que não. L.B. – Haveria outra saída? T.C. – Haveria, agora, achava que era difícil a saída, porque o José Américo talvez não fosse boa saída. Não sei. Mas, enfim, é tarde para discutir esse assunto.” (E44, parte 2, p. 94).*

*“A.C. – Como era, do ponto de vista jurídico, a Constituição de 37? T.C. – Era como se fosse um regulamento. Era uma lei, uma coisa qualquer, mas não era uma Constituição. [...] 1937 não existiu. Não existiu porque o Getúlio não fez o plebiscito prometido e não compôs o governo que estava previsto na Constituição. [...] ele não tinha feito o plebiscito. Dizem que o Campos que não quis; outros dizem que o Campos queria e o Getúlio não quis; enfim, o Campos era muito vacilante também. [...] não houve prática constitucional nenhuma, não havia experiência constitucional, não havia nada. O que havia era um marasmo muito grande. De maneira que, quando veio o novo governo, já com outros líderes, elaboraram uma constituição meio romântica, sem grandes novidades, sem uma certa audácia. [...] Sem criatividade nenhuma.” (E-44, parte 3, p. 103; 121)*

#### **f) Constituição de 1946**

*“L.B. – O senhor contribuiu, de alguma maneira, na elaboração da Constituição de 1946? T.C. – Em 46 eu fiz um projeto no Instituto dos Advogados, mas não teve influencia nenhuma. L.B. – Como é que o senhor recebeu essa Constituição? T.C. – Era boazinha. L.B. – Era o melhor texto constitucional que se poderia produzir na época? T.C. – Era.” (E-44, parte 1, p. 30-31)*

*“A.C. – Então, o senhor acha que a Constituição de 46 não funcionou? T.C. – A Constituição de 46 não satisfaz. O progresso do Brasil em 46, você pode reduzir a aventura Kubitschek. Apesar disso. Não há outro índice de progresso. E ia acabar mal, porque ia levar o Jânio Quadros e a coisas piores. É um regime mal estruturado, que não tem segurança nenhuma. A.C. – Examinando a Constituição de 46, quase que do ponto de vista técnico, como é que o senhor vê essa má estruturação, como o senhor detecta esses pontos? T.C. – Eu prefiro, em princípio, a de 34, que estabelecia a eleição indireta para Presidente da República, e que hoje já me parece uma coisa definitiva. Porque a população de São Paulo cresceu de tal maneira, que não há mais possibilidade de haver eleição direta no Brasil para Presidente da República, porque São Paulo e Rio Grande do Sul absorveriam praticamente a metade do eleitorado. O que é preciso é criar o... A.C. – Colégio eleitoral? T.C. – Exato. Criar o colégio eleitoral, de acordo com a proposta que eu tinha feito, que era incluir no colégio eleitoral representantes de outros grupos, de associações profissionais, universidades, enfim, um colégio eleitoral que representaria efetivamente a nação. Isso sim seria interessante. [...] Enfim, eu acho que é preciso pensar muito na reforma constitucional, mas pensar muito na*

*Constituição de 34. A de 46 foi uma Constituição do século passado. Agora não dá mais.”* (E-44, parte 3, p. 113-114; 115)

*“A.C. – Em que medida o senhor atribui à Constituição de 46 a crise que tivemos, sobretudo a partir de 61, com a queda do Jânio? O senhor agora estabeleceu uma relação entre as deficiências da Constituição e as crises políticas, não? T.C. – Acho que o Poder Executivo não era bastante forte na Constituição de 46. O poder de iniciativa não era tão forte. O que havia na realidade, no período de 46 e que agora está se fazendo sentir, é o comportamento do Poder Executivo, é a atitude dos homens que detêm esse poder, o comportamento deles em face dos problemas que têm que resolver. [...] eles encaram os problemas de outra maneira, o que não existia naquela época. Eram mais democratas, muito mais. A.C. – Talvez porque agora eles tenham os instrumentos para decidir, não é? T.C. – É o que o Hélio Jaguaribe chama de Estado Cartorial. Hoje há um executivo, realmente, muito forte. [...] O poder legislativo tem que se organizar também, tem que ser um órgão eficiente, e legislar pouco. [...]”* (E-44, parte 3, p. 115)

*“T.C. – Fui eleito presidente da Comissão Constitucional e indiquei o Baleeiro para relator.<sup>4</sup> [...] E conseguimos fazer uma Constituição regular, bem boa, a meu ver, naquela época. [...] Eu estava resolvido a renunciar depois de feita a Constituição. [...] L.B. – Nesse período, que vai da sua renúncia até 64, digamos assim, suas atividades ficaram unicamente restritas a... T.C. – Ficar olhando [risos]. A.C. – O senhor tinha o que olhar, não é? T.C. – É. Fiquei olhando, não fiz nada. L.B. – Durante todo o Governo João Goulart, o senhor ficou observando? A.C. – O senhor viu a derrocada da Constituição de 46. T.C. – É.”* (E-44, parte 3, p. 131; 132; 133)

### **g) Caso Mamede**

*“T.C. – Antes disso eu vou contar a minha entrada na Consultoria. Quando o Prado Kelly foi nomeado Ministro da Justiça ele me convidou para a Consultoria Geral da República. Era presidente o Café Filho. Eu aceitei. [...] L.B. – Em novembro de 55, o Coronel Mamede foi punido por ter proferido um discurso à beira do túmulo do General Canrobert, concitando as Forças Armadas a não darem posse a Juscelino e Jango. O Ministro da Guerra (Lott) o puniu, nos termos do regulamento disciplinar do Exército. O Presidente da República, inconformado com a punição, solicitou a V. Sa. um parecer no qual deveria ser reconhecida a condição de Chefe do Executivo Federal e supremo Chefe das Forças Armadas, no que decorreria um poder acima do poder do Ministro da Guerra para punir ou deixar de punir um militar. [...] T.C. – É muito simples. Eu estava na Consultoria e o Carlos Luz mandou me chamar; já eram seis e meia da tarde. Fui ao Catete. O Carlos Luz, com quem eu me dava*

---

<sup>4</sup> Trata-se da Assembléia Constituinte do estado da Guanabara (1961) onde Cavalcanti foi o presidente da Comissão Constitucional.

muito bem, era amigo dele, disse: 'Estou com um problema muito sério', porque o Lott acaba de sair daqui aborrecido comigo, e quer se demitir por causa do discurso do Mamede. [...] Ele quer punir o Mamede de qualquer maneira. Mas, o Mamede estava requisitado pelo Presidente da República, pelo Getúlio. O que eu pretendo saber é se, tendo sido requisitado pelo Presidente da República, quem tem autoridade para prender o Mamede: se é o Presidente da República, ou se é o Ministro da Guerra. Queria saber se ele esta fora ou não da autoridade do Ministro da Guerra. [...] 'Eu queria que você me desse o parecer amanhã de manhã, às 11 horas.' Eu disse: 'Eu vou passar a noite em claro!'" [...]

L.B. – Ele não pediu nada ao senhor, em defesa do Mamede? T.C. – Não. [...] O Carlos Luz, apesar da intimidade que tinha comigo, não disse uma palavra. Nunca foi atacado esse parecer; nunca disseram que ele estava errado. Fui de uma clareza absoluta, meridiana. O Mamede estava à disposição do Presidente da República. Portanto, estava fora da jurisdição do Ministro da Guerra. [...] Eu soube que, quando disseram ao Lott que o Carlos Luz tinha me dado o caso, ele disse: 'Vão botar bacharel no meio dessa história? Isso é militar quem vai resolver!' [...]

T.C. – Carlos Luz. Ele disse que o Lotte tinha pedido demissão e que ele tinha convidado outro general. [...] Perguntei: 'Você tem confiança nessa gente?' Ele respondeu: 'Ah, é evidente!' Eu comentei: 'Você sabe que eu desconfio muito desses militares; em todo o caso...' [...]

Ele disse: 'Você conversa com o chefe do Gabinete Civil e depois vem falar comigo'. Fio conversar com o chefe do Gabinete Civil e disse a ele: 'Olha, estou muito preocupado; acho que o Carlos Luz se precipitou extraordinariamente; acho que está confiante demais'. Disse ele: 'Por que você não fala com o Brigadeiro?' Respondi: Não; eu não me meto nisso, não tenho nada com isso. Mas estou preocupado, porque não tenho confiança nesse pessoal; acho que o Lott não fez isso sem uma segunda intenção. Se ele fez isso, com tanta tranqüilidade, com essa presença de espírito, fez com uma segunda intenção, não tenho dúvida'. [...]

T.C. – No dia seguinte estourou a história. [...] L.B. – O senhora acha que o seu parecer sobre esse fato do Mamede teria sido a gota d'água? T.C. – Esse parecer não teve a menor importância no caso, porque o negócio já estava consumado. O Carlos Luz, [...] fez um discurso na Câmara; [...] Ele começou o discurso, fez um intróito e deu o meu parecer, para justificar o seu ato. Mas quando o parecer foi dado, o negócio já estava consumado. [...] O parecer não teve importância nenhuma. A.C. – O senhora acha que foi um golpe ou um contra-golpe? T.C. – Não tenho dúvida nenhuma que eles tinha preparado o golpe. O Denis tinha preparado calmamente um golpe, com o Lott. Não tenho dúvida. [...]

L.B. – O senhora acha que havia uma conspiração para não dar posse ao Juscelino e ao Jango, naquela época? T.C. – Para dar posse, havia. A.C. – E para não dar? T.C. – Eu nunca ouvi nada. Estava dentro do meu trabalho na Consultoria; se tivesse qualquer coisa, provavelmente, não teria conhecimento; mas não via nada que se parecesse com isso. Estava sempre com o Delso e se houvesse algo eu saberia." (E-44, parte 1, p. 34-38).

## **h) Democracia**

*“A.C. – Havia muita receptividade a essas idéias de representação profissional na época, não é? T.C. – Um certo grupo havia, mas é muito difícil vencer a rotina. T.C. – O povo é... A.C. – uma categoria inata, não é? T.C. É; o povo existe para ser atendido. Como expressão de uma categoria, de uma entidade, o povo existe para ser devidamente amparado e protegido. Mas, como expressão de vontade, não acredito.” (E-44, parte 2, p. 62)*

*“L.B. – O senhor acha que o voto do analfabeto seria a solução? T.C. – o voto do analfabeto é pior do que tudo. [...] T.C. – A fórmula é a eleição indireta, que é a eleição que existe em toda a parte do mundo. Nos Estados Unidos a eleição é indireta.” (E-44, parte 2, p. 74)*

*“L.B. – Como o senhor entende a representação? T.C. – Acho que a única representação que existe é a representação de mandato imperativo. [...] T.C. – O partido é um mal necessário. Em compensação, é uma mistificação que é aceita, que todo mundo aceita como uma realidade. Mas é uma realidade que não existe. Eu voto, mas não sei que fim levou o meu voto. [...] Quer dizer, não há representação nenhuma. O que está representando? Nada. [...] Nos Estados Unidos, o deputado eleito tem correspondência com o seu eleitorado. É uma das coisas que me faz pensar em escrever sobre o voto distrital. É a única maneira de o deputado ter realmente relações com o seu eleitorado, para saber quem foi que o elegeu.” (E-44, parte 2, p. 83)*

*“T.C. – Acho que o problema institucional é um problema importante mas não o único. E dentro do problema institucional há alguns que não têm solução. Um deles é o problema dos partidos. Acho que a gente tem de se conformar por algum tempo em manter essa situação de partido assim, porque, senão, não se sabe... [...] Eu defendo uma tese de que a fórmula presidencialista de governo é incompatível com o regime pluripartidário, porque o regime presidencial é o regime da supremacia do Poder Executivo. Ora, se ele tem que barganhar com o Congresso tudo quanto é projeto, então deixa de ser presidencialismo, passa a ser parlamentarismo. Quer dizer, cada projeto vai ter que barganhar com os partidos. E que partidos, meu Deus! [...] Cada partido tem um dono. [...] Os Estados Unidos têm dois partidos. A Inglaterra tem dois partidos. [...] Partido ideológico, hoje, não tem sentido, já não existe mais.” (E-44, parte 3, p. 106-107)*

*“L.B. – [...] Quer dizer que o senhor acredita no bipartidarismo? T.C. – Não acredito no bipartidarismo. Acho que é uma solução de compromisso, porque os Estados Unidos e a Inglaterra vivem nesse regime e vivem relativamente bem. É uma solução de compromisso de convívio. Não é a solução ideal. Eu não acredito em partidos. Eu estive dentro de partido e não me convenceu. Eu não tenho partido.” (E-44, parte 3, p. 107)*

### **i) Poder Legislativo**

*“L.B. – O senhor acha, então, que o poder do Legislativo decorria de uma maior atividade? T.C. – Na Inglaterra, por exemplo, o Parlamento não legisla, quem legisla é o Rei. Eles fazem quase tudo por delegação. Os Estados Unidos estão entrando francamente no regime da delegação. Grande parte das leis americanas são feitas pelo Poder Executivo. [...] T.C. – [...] Agora, não sou contra o Congresso. Pelo contrário, acho que um certo número de leis deveriam, fatalmente, passar pelo Congresso, porque é preciso que haja uma certa repercussão nacional, que as representações se manifestem, que entrem em discussão, em debate; mas 80% das leis não têm o menor interesse para a opinião pública, nem para os deputados. Há problemas que eles não sabem muito bem; são leis técnicas, leis administrativas, problemas que eles não alcançam. [...] T.C. – No meu livro, condenei demasiado o Poder Legislativo. Hoje estou mais tolerante. [risos] Acho que o Poder Legislativo no Brasil é necessário. Agora, eu criaria uma espécie de Conselho de Estado.” (E-44, parte 2, p. 77)*

*“T.C. – O Conselho de Estado seria um organismo constituído pela representação – uma parte eleita diretamente e a outra parte eleita pelo voto indireto – de interesses, e de pessoas qualificadas, intelectualmente e culturalmente, para opinar sobre assuntos relevantes da política nacional. [...] serviria para definir a política do Governo em relação a certos assuntos. [...] Esse Conselho de Estado seria apolítico, no sentido de que não tomaria uma posição política em relação aos problemas governamentais. [...] Em caso de emergência, poderia tomar algumas medidas de segurança.” (E-44, parte 2, p. 78)*

### **j) Pedido de fechamento do partido comunista**

*“[...] E aí é que foi o meu drama. Quando tomei posição no Tribunal Superior Eleitoral e mandei arquivar um processo, o governo achou que era desaforo meu, que deveria ter consultado o governo. A.C. – Foi o processo relativo ao fechamento do Partido Comunista? T.C. – Foi. E eu nem consultei ninguém, nem indaguei; não queria saber de nada. Agi de acordo com o que eu achava que deveria fazer. [...] A.C. – Qual foi a sua argumentação? [...] T.C. – Não, não foi bem isso. O processo do Partido Comunista decorreu – e isto, moralmente, é muito importante – de uma denúncia, de uma representação dos advogados Himalaia Virgolino e do deputado Barreto Pinto, aquele que foi cassado. Eles alegavam que o Senador Luís Carlos Prestes havia declarado que, se se verificasse um conflito armado entre a Rússia e o Brasil, ele ficaria com a Rússia; e que o Partido Comunista tinha adotado o princípio marxista-leninista [...]. O processo que mandaram para lá foi fundamentado com uma série de recortes de jornais. A lei eleitoral exigia que, nessa denúncia, o objeto estivesse devidamente justificado e contivesse uma prova, um começo pelo menos de prova que justificasse uma intervenção. Ora, a denúncia deve ser fundamentada. Do contrário, bastaria o sujeito mandar publicar no jornal uma*



*notícia qualquer, juntar essa notícia ao processo, apresentar uma denúncia e estava tudo liquidado. [...] Quando se registrou o partido, esse problema já tinha sido examinado, se o partido era democrático e outras coisas mais. O Tribunal, apesar de tudo isso, tinha examinado e tinha mandado registrar o partido. Portanto, não se podia, levemente, à vista apenas de alguns recortes de jornais, mandar anular essa mesma decisão do Tribunal. [...] T.C. – Com essas alegações eu acabava dizendo ‘o cancelamento do registro, embora permitido pelo direito vigente, como um imperativo da própria democracia, exige, entretanto, fundamentos seguros de comprovação de que o partido desvirtua as suas finalidades, ou conduz à deformação do sistema democrático. E essa prova não foi feita. Portanto, eu, com esse fundamento, peço que o processo seja arquivado’.*” (E-44, parte 2, p. 97; 98; 99)

#### **k) Liberalismo**

*“A.C. – O Liberalismo é um modelo ideal que, na prática, toma tantas modalidades diferentes que se perde. T.C. – No Brasil, tudo cabe dentro do liberalismo. A.C. – Tudo cabe e nada cabe, não é? T.C. – É.”* (E-44, parte 3, p. 136)

*“A.C. – O senhor diz aí, em um momento determinado, uma coisa que achei muito lúcida; que, no fundo, há os modelos possíveis de Constituição, mas que cada povo tem que elaborar a sua; e esse é um processo muito complicado, muito difícil, o de adequar a realidade social às leis. T.C. – É, cada povo tem a sua. A.C. – É possível, no mundo de hoje, no Brasil de hoje, uma Constituição que preserve os princípios liberais, ou o senhor acha que os tempos são outros?”*<sup>5</sup> (E-44, parte 3, p. 150)

#### **l) Contexto pós-1964**

*“A.C. – Dr. Themistocles, eu queria colocar uma questão um pouco delicada, mas acho que o senhor é a pessoa certa para esclarecer muito problemas em relação a isso, exatamente porque a sua posição é muito clara, muito liberal. [...] Em que medida o senhor acha que, realmente, a presença de determinados grupos de esquerda clandestinos, que funcionam com critérios diferentes daqueles partidos tradicionais, criam dificuldade insuperáveis à ordem política? Em que medida o senhor atribui à presença desses grupos as soluções autoritárias que o Brasil tem vivido nos últimos anos? Eu ainda estou pensando no Estado Novo, porque acho que o Estado Novo nos permite muitas aproximações com uma situação mais recente, que nós vivemos a partir de 1964, e com a necessidade de instalação de uma ordem autoritária no Brasil, ligado a problemas de segurança. Como é que o senhor vê esses problemas? T.C. – Não compreendi bem a sua pergunta. A.C. – Em que medida as crises*

---

<sup>5</sup> Há uma interrupção da fita e quando o diálogo volta o tema não é mais o mesmo. Não consta a resposta de Cavalcanti e a entrevistadora muda o tema para o AI-5, que será visto em outro tópico.

políticas que o Brasil tem vivido periodicamente estão ligadas a presença de determinados grupos políticos que, ideologicamente, divergem dos princípios aceitos pela comunidade política do país? T.C. – O caso é o seguinte. A presença desses grupos políticos tem se feito sentir no Brasil, desde 1930. Entre os tenentes mesmo, eles procuraram se introduzir. A primeira manifestação deles foi a introdução na Aliança Libertadora, que era um corpo estranho [...]. E eu senti perfeitamente isso. Quando me convidaram para entrar na Aliança Libertadora, eu me recusei terminantemente, porque, na conversa que tive com a pessoa que me convidou, cheguei a essa conclusão [...]. Amigos meus, como o Pedro Ernesto, não tiveram essa percepção, depois foram envolvidos. Posteriormente houve a repressão comunista. [...] T.C. - Em 1935 diminuiu bastante e surgiu o problema integralista, que não deixa de ser uma outra forma, também. [...] o próprio Governo do Estado Novo teve a percepção dessa diferença do Estado Novo e o Movimento Integralista, e colocou a questão em termos muito claros, para evitar essa confusão [...]. Em 45 surgiu novamente, e veio então o Partido Comunista, na legalidade. [...] Eu acho preferível o Partido Comunista na legalidade. Acho, inclusive, que a participação do Partido Comunista numa eleição dá a impressão geográfica da função do Partido Comunista. A gente pode avaliar realmente a presença do valor da massa comunista através dos resultados eleitorais. Acho a clandestinidade a coisa mais perigosa que existe; essa é a minha impressão. [...] T.C. – Exato. Na legalidade, não; sabe-se onde é que eles estão; a coisa aparece muito mais. [...] Agora, o que há é o seguinte: com o tempo essas coisas vão perdendo o antigo sentido. O que eu verifico, hoje em dia, é que a disseminação da doutrina marxista que se faz atualmente é uma coisa espantosa. Ela penetra nas escolas, nas universidades, nos níveis universitários. [...] T.C.- Tenho uma neta que estuda sociologia em Brasília. [...] Na Universidade de Brasília. E a professora achou uma graça enorme, dizendo: ‘Não, isso não serve!’ Então, deu a ela diversos livros marxistas.” (E-44, parte 3, p. 109-111).

“V.C. – A ordem legal é muito repressora, inibe manifestações diversas? T.C. – É. Por outro lado, o que se sente, por parte da mocidade, é que não há mais uma aceitação das doutrinas mais antigas. [...] Houve uma superação e há uma doutrina intermediária, meio marxista, que não é comunista, mas que é mais avançada, muito liberal, num sentido. [...] tem uma certa técnica marxista, mas não são. O sujeito faz marxismo sem saber. Essa é a minha impressão. [...] o que eu sinto é exatamente isso: a dificuldade de identificar esse grupo, porque o que há é uma divulgação muito grande desse pensamento marxista, mas sem se identificar realmente com o comunismo.” (E-44, parte 3, p. 112; 113).

“[...] T.C. – Outra coisa que me parece necessária é imaginar um time de segurança que substitua o habeas-corpus, porque o habeas-corpus é um instrumento extremamente perigoso. O indivíduo é preso e não pode ficar preso mais de 24 horas. Quer dizer: prende-se por exemplo um seqüestrador desses, e em 24 horas o sujeito é solto. [...] 24 horas são suficientes para fazer uma

*investigação num caso desses? É preciso arranjar um meio para manter esse indivíduo preso por mais de 24 horas, sem que ele seja solto com o habeas-corpus.” (E-44, parte 3, p. 114).*

*“A.C. – Dr. Themístocles, gostaria de saber se há possibilidade de se combinar um Estado forte, sujeito a ameaças, etc., com uma ordem legal. Como é que nós poderíamos conciliar essas necessidades da segurança nacional com a manutenção das liberdades individuais? Haveria uma maneira de resolver isso? T.C. – O problema aí é o seguinte: é a possibilidade de o Estado poder exercer realmente esse poder. O Estado tem que exercer esse poder; a ação do Estado tem que ser imediata. [...] O problema difícil de segurança é esse; e é a razão pela qual se suspendeu o habeas-corpus para se soltar; ele faz o que quer. Eu concedi habeas-corpus no Supremo a muitos sujeitos que saíram de lá para fazer seqüestros, com o habeas-corpus na mão! [...] L.B. – O senhor, em 72, deu uma declaração à revista Veja, dizendo que há um remédio legal para o caso do habeas-corpus, que é o caso da fiança, nos Estados Unidos. T.C. – Isso é nos Estados Unidos. [...] A.C. – Quer dizer que, nesse caso, o senhor acha que não há possibilidade de compatibilidade; o problema de segurança nacional, nesse caso, tem prioridade sobre o indivíduo. Não há fórmula jurídica para conciliar isso? T.C. – Aí começam essas histórias, essas coisas que são ouvidas; começa a desaparecer gente; a gente não explica, não sabe por que, mas a razão é essa. Desaparece um sujeito, vai ver onde é que está? O sujeito precisa ser solto. Então pede-se o habeas-corpus e pronto. [...] A.C. – Só há uma possibilidade então, realmente, de instalação de uma ordem jurídica e constitucional, quando esse problema estiver resolvido. T.C. – Não há possibilidade em parte alguma do mundo. [...] Não vejo com ceticismo, não; vejo dentro da realidade. A realidade é essa, e nós temos de nos conformar com essas coisas, porque o mundo é assim mesmo. A.C. – A função da legislação, das contribuições (sic), da lei, é cada vez mais complexa nesse sentido, não? T.C. – É. Agora, a função do Supremo, nesse particular, deve ser a melhor possível. A intervenção do Supremo nesse caso deve ser a mais limitada possível, porque isso deve ser entregue aos tribunais inferiores, mais especializados... L.B. – A Justiça Militar? T.C. – Alias, a Justiça Militar está funcionando muito bem. L.B. – Em que sentido? T.C. – Muito equilibrada. Condena quando deve condenar, absolve quando deve absolver. Eles são muito equilibrados. Absolvem muitas vezes; condenam outras. Eles fazem um negócio com muita justiça. Aliás, os próprios advogados desses subversivos presos elogiam muito a Justiça Militar.” (E-44, parte 3, p. 144; 145; 146).*

*“T.C. – Eu recebi um convite do Ministro da Justiça, que era o Mem de Sá, para fazer esse projeto de Constituição.<sup>7</sup>[...] Nos reunimos sempre no escritório do Orozimbo Nonato. O Levi (Carneiro) era o mais velho, e era na verdade*

---

<sup>6</sup> Trata-se de Mem de Azambuja Sá.

<sup>7</sup> Trata-se da Constituição brasileira de 1967.

*quem presidia. Também fazia parte da comissão o Seabra Fagundes, que teve atritos formidáveis com o Levi Carneiro [...] o Seabra acabou saindo. [...] fizemos cautelosamente a Constituição. Confesso que um pouco constrangido às vezes, porque o Levi era homem de muita idade, muito respeitável; de maneira que muita coisa passou e eu aceitei, por condescendência com ele. [...] Acabou essa coisa toda e nós fomos ao Castelo, que nos recebeu muito bem. Conversou muito com o Orozimbo, [...] falou muito da constituição do De Gaulle, que ele achava muito boa. Estava presente também o Carlos Medeiros que, naquela época, era Ministro da Justiça. E entregamos a ele a Constituição. Eu, como os outros, estamos esperando até hoje o agradecimento, que não veio. L.B. – Quer dizer que ele entregou esse projeto ao Carlos Medeiros.” (E-44, parte 3, p. 133; 134)<sup>8</sup>*

*“A.C. – Essa proposta da Constituição de 67 se aparentava mais com qual modelo constitucional? Tinha alguma coisa a ver com a de 34, ou era mais severa, mais voltada para o Executivo? T.C. – Não. Essa Constituição, um dia alguém disse que era muito inspirada na de 37. Pode ser, pode ser. Pelo menos o Carlos Medeiros era filho da Constituição de 37 [risos]. [...] e ele é um espírito autoritário, apesar de fazer força para se tornar um espírito liberal; mas ele é um espírito autoritário. Eu o conheço muito bem. [...] É possível que ele tenha tirado daqui e dali, principalmente do De Gaulle, alguma coisa. [...] é uma mistura. De 46 não tem muita coisa.” (E-44, parte 3, p. 136-137).*

*“A.C. – A emenda foi em 69? T.C. – É. É essa emenda que está em vigor. Veio a Junta, e eu mandei pedir ao Rondon Pacheco, que era o secretário da comissão, que me mandasse a redação final feita pelo Costa e Silva antes de morrer, de que participei e eu também assinei. Mas não tenho essa redação. Eu quero comparar essa redação que nós fizemos, que foi feita pelo Costa e Silva, com isso que está aí. [...] Queria ver o que esse triunvirato fez. Eu acho que o triunvirato deformou completamente o projeto. [...] Esse ponto é delicado, porque se estava suavizando a Constituição de 67.” (E-44, parte, 3, p. 140).*

*“L.B. – O senhor se aposentou por idade?<sup>9</sup> T.C. – É; eu me aposentei, infelizmente, por idade. Tinha muita coisa ainda para fazer. L.B. – O senhor sentiu muito essa aposentadoria? T.C. – Bom... Se senti muito! Eu não penso no assunto, vou deixar as coisas correrem. Mas a gente sente, porque acho que devia ter ficado mais tempo lá. A.C. – É um pouco absurdo esse limite de idade, sobretudo por causa do Supremo. [...] T.C. – O limite é um pouco limitado! [...] Nos Estados Unidos tem juízes com 80 anos no Supremo Tribunal. [...] Não tem limite. O sujeito pode até ser gaga. [...] Mas eu deixei o Supremo com uma certa melancolia. Podia ter ficado um pouco mais. Era um bom lugar para*

---

<sup>8</sup> Carlos Medeiros Silva redigiu o texto do AI-1 e Francisco Campos o prefácio do ato que inaugurou juridicamente a ditadura pós-64.

<sup>9</sup> Referindo-se a aposentadoria do STF.

*mim; gostava de estudar aqueles processos, gostava da convivência.*”<sup>10</sup> (E-44, p. 146-148).

“T.C. – *Quando fui me despedir do Costa e Silva*<sup>11</sup>, disse a ele: ‘Presidente, vou cometer uma indiscrição. Eu não devia perguntar isso, mas em todo o caso, o senhor é um homem tão simples, tão bom, eu vou te perguntar: quem é que o senhor vai nomear em meu lugar’. Ele riu e disse: ‘vou convidar o Milton Campos [...] merece ir para o seu lugar’. [...] Então, o Costa e Silva disse: ‘Vou dar o título de Ministro do Supremo Tribunal ao Milton Campos, como se dá uma medalha, um prêmio a um homem do valor de Milton Campos, pelos serviços prestados ao país’. [...] Vocês vêem como ele era um homem muito sensível. Eu tenho grande admiração pelo Costa e Silva.” (E-44, parte 3, p. 147; 148).

“A.C. – *Quais os retoques que o senhor acha que deveriam ser feitos no AI-5?* T.C. – *Acho que o AI-5 deveria ser retocado, e isso venho sustentando a uns três ou quatro anos; deveria haver uma revogação paulatina do AI-5, porque não deve ser revogado de maneira repentina.* L.B. – *Deve ser gradual?* T.C. – *Exato. Por exemplo, eu deixaria por último a questão do habeas-corpus.*<sup>12</sup> *Em primeiro lugar, tiraria a questão das restrições ao Poder Judiciário.*<sup>13</sup> *Depois,*

---

<sup>10</sup> A opinião de Cavalcanti sobre o tema da aposentadoria compulsória sofreu razoável alteração com o passar dos anos. Na década de 30 o autor consignou que “*Constitui uma garantia e um premio para o magistrado, uma condição para a distribuição da justiça e um meio de renovar o quadro da magistratura. [...] A velhice é conservadora, e as idéas assentadas no periodo de formação intellectual só podem envelhecer com a idade. [...] a descrença dos homens e das cousas abalam o organismo mais vigoroso, depois de certa idade.*” (1933, p. 131; 133)

<sup>11</sup> Ocasão em que Cavalcanti deixou o STF.

<sup>12</sup> AI-5, Art. 10 - Fica suspensa a garantia de *habeas corpus*, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.

<sup>13</sup> AI-5, Art. 5º - A suspensão dos direitos políticos, com base neste Ato, importa, simultaneamente, em: I - cessação de privilégio de foro por prerrogativa de função; II - suspensão do direito de votar e de ser votado nas eleições sindicais; III - proibição de atividades ou manifestação sobre assunto de natureza política; IV - aplicação, quando necessária, das seguintes medidas de segurança: a) liberdade vigiada; b) proibição de frequentar determinados lugares; c) domicílio determinado. [...] § 2º - As medidas de segurança de que trata o item IV deste artigo serão aplicadas pelo Ministro de Estado da Justiça, defesa a apreciação de seu ato pelo Poder Judiciário. [...] Art. 11 - Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos.

*então, tiraria os problemas todos de cassação de mandatos. [...] A única coisa que acho realmente perigosa é a revogação dos dispositivos que garantem os habeas-corpus. Mas aí é preciso imaginar uma norma legal que estabeleça um processo rápido e eficaz para a detenção do indivíduo que está sujeito a detenção por motivo de perturbação da ordem pública, ou acusado de subversão. Dilatar o prazo da prisão preventiva, ou qualquer outra forma legal, que regularize, legalize a prisão por um tempo mais longo. [...] Acho que todos esses problemas devem ser feitos tranquilamente. Agora, estou convencido de uma coisa: é que se o Governo liberalizar demais, ele vai se arrepender; e o Governo sabe disso. Começa a pipocar por aí.” (E-44, parte 3, p. 151-151).*

#### **m) Administração Pública e direito administrativo**

*“T.C. – Não existe Direito Administrativo no Brasil. Então, eu planejei o Direito Administrativo de 30, o novo Direito Administrativo. Fiz um esquema geral, com autarquias coisas que não existiam antes, um troço completamente novo. Esse esquema é mantido até hoje. Isso é o que foi curioso. [...] A.C. Como é que o senhor vê a evolução da administração brasileira de 30 a 45, digamos? O senhor acha que houve uma continuidade dos princípios, ou houve mudanças substanciais? T.C. – Houve mudanças, evidentemente, mas o esquema geral é o mesmo. O que se abriu em 30 foi um sistema de administração indireta, de descentralização, com a criação das autarquias, de empresas públicas, de economia mista, quer dizer, a administração foi se alargando e foram criadas outras coisas.” (E-44, parte 2, p. 90; 91).*

*“L.B. – o senhor, que escreveu muito, olhando um pouco para trás, acha que cometeu algum pecado mortal? T.C. – Não me arrependo de ter escrito nada. L.B. – Em nenhum dos livros, o senhor acredita ter cometido um pecado mortal? T.C. – Não.” (E-44, parte 2, p. 92).*